

**Tietosuojaperiaatteet määräävässä markkina-asemassa olevan
verkkoalustan asettamien tietosuojaehtojen kohtuuttomuuden
arvioinnissa**

Jenna Yli-Arvo
Pro gradu -tutkielma
Eurooppaoikeus
Kevät 2021

Lapin yliopisto

Tiedekunta: Oikeustieteiden tiedekunta

Työn nimi: Tietosuojaperiaatteet määräävässä markkina-asemassa olevan verkkoalustan asettamien tietosuojaehtojen kohtuuttomuuden arvioinnissa

Tekijä/-t: Jenna Yli-Arvo

Koulutusohjelma/oppiaine: Oikeustieteen maisteri

Työn laji: Pro gradu -tutkielma/Maisteritutkielma X Licensiaatintutkimus__

Sivumäärä, liitteiden lukumäärä: XVII + 82

Vuosi: 2021

Tiivistelmä:

Tutkimuksessa selvitetään, voidaanko yleisen tietosuoja-asetuksen 5 artiklassa säädettyjä periaatteita soveltaa vertailukohtana SEUT 102 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitetun kohtuuttomuuden arvioinnissa, kun arvioidaan määräävässä markkina-asemassa olevan verkkoalustayrityksen asettamien ehtojen kohtuuttomuutta. Tutkimuskysymykseen vastataan voimassa olevan oikeuden perusteella. Tutkimus on lainopillinen.

Verkkoalustat yhdistävät eri käyttäjäryhmiä verkossa. Ne toimivat kaksipuolisilla tai monisuuntaisilla markkinoilla, joilla esiintyy verkostovaikutuksia. Muun muassa verkostovaikutusten vuoksi on tyypillistä, että digitaaliset alustamarkkinat keskittyvät. Kuluttaja saa verkkoalustan käyttöönsä usein maksutta, mutta hyväksyy ehdot, joiden perusteella alusta saa kerätä ja käsitellä häntä koskevia henkilötietoja.

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kielletty SEUT 102 artiklassa. Yritys voi väärinkäyttää määräävää asemaansa määräämällä kohtuuttomia hintoja tai muita kohtuuttomia kauppaehtoja. Kohtuuttomuutta on arvioitu oikeuskäytännössä erilaisin kriteerein. Oikeuskäytännössä kilpailuoikeuden ulkopuolisten normien vastaista menettelyä on pidetty kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa merkityksellisenä seikkana. Tietosuojanäkökohtien huomioon ottamiseen on suhtauduttu toistaiseksi torjuvasti. Saksassa kansallinen kilpailuviranomainen on katsonut Facebookin syyllistyneen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, kun se ei ole noudattanut käyttäjätietojen käsittelyssä tietosuojaasetusta. Kansallinen tuomioistuin on pyytänyt asiassa EUT:lta ennakkoratkaisua.

Verkkoalustojen tapauksessa kilpailuoikeuden ja tietosuojan soveltamisalat ovat tietyiltä osin päällekkäiset. Lisäksi ne jakavat tavoitteita. Tietosuoja-asetuksessa määritellään vaatimukset henkilötietojen asianmukaiselle käsittelylle. Tässä asetuksen 5 artiklassa säädetyillä periaatteilla on keskeinen asema. Periaatteista seuraa useita vaatimuksia, joita vasten verkkoalustan tietosuojaehtojen kohtuuttomuutta voidaan arvioida. Kauppaehtojen kohtuuttomuutta koskevassa oikeuskäytännössä määritelyille kriteereille on löydetävissä vastineita tietosuojaperiaatteista. Jos tietosuojaehdot ovat tietosuojaperiaatteiden vastaisia, kyse voi olla SEUT 102 artiklassa tarkoitetuista kohtuuttomista kauppaehtoista. Tietosuojaperiaatteiden rikkominen ei kuitenkaan merkitse automaattisesti kauppaehtojen kohtuuttomuutta.

Avainsanat: verkkoalusta, kilpailuoikeus, määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, tietosuoja

X Tutkielma ei sisällä muita kuin tekijän/tekijöiden omia henkilötietoja.

SISÄLTÖ

LÄHTEET	III
1 JOHDANTO	1
1.1 TUTKIMUKSEN TAUSTA JA TAVOITE	1
1.2 TUTKIMUSKYSYMYS JA RAJAUKSET	2
1.3 METODI	3
1.4 TUTKIELMAN RAKENNE	5
2 VERKKOALUSTAT JA DIGITAALISET ALUSTAMARKKINAT.....	6
2.1 VERKKOALUSTAN MÄÄRITELMÄ	6
2.2 DIGITAALISTEN MARKKINOIDEN TAIPUMUS KESKITTYÄ JA KILPAILUN OMAISPIIRTEET ...	8
2.2.1 <i>Kaksipuoliset ja monisuuntaiset markkinat</i>	8
2.2.2 <i>Skaalaedut</i>	10
2.2.3 <i>Verkostovaikutukset</i>	11
2.2.4 <i>Muut ominaispiirteet</i>	14
2.2.5 <i>Laajentumisen ja alalle tulon esteet</i>	16
2.3 HENKILÖTIETOJEN ROOLI	21
2.3.1 <i>Big data ja henkilötiedot</i>	21
2.3.2 <i>Henkilötiedot vastikkeena verkkoalustan käyttämisestä</i>	23
2.3.3 <i>Henkilötietojen suoja kilpailuparametrina</i>	24
3 MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA SEKÄ KOHTUUTTOMIEN EHTOJEN MÄÄRÄÄMINEN DIGITAALISILLA ALUSTAMARKKINOILLA	27
3.1 SEUT 102 ARTIKLA: MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖKIELTO	27
3.2 MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA	28
3.2.1 <i>Lähtökohtia merkityksellisten markkinoiden määrittelyyn digitaalisilla alustamarkkinoilla</i>	31
3.2.2 <i>Lähtökohtia markkinavoiman määrittämiseen digitaalisilla alustamarkkinoilla</i>	35
3.3 MÄÄRÄÄVÄN MARKKINA-ASEMAN VÄÄRINKÄYTTÖ	38
3.3.1 <i>Väärinkäytön määritelmä yleisesti</i>	38
3.3.2 <i>Kohtuuttomien ehtojen määrittäminen</i>	39
3.4 KILPAILUOIKEUDEN ULKOPUOLISEN SÄÄNTELYN ROOLI KILPAILUOIKEUDELLISESSA ARVIOINNISSA	43
3.4.1 <i>Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut ja komission päätökset</i>	43
3.4.2 <i>Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen Facebook-päätös</i>	47
4 KILPAILUOIKEUDEN JA TIETOSUOJAN VÄLINEN SUHDE JA TIETOSUOJAPERIAATTEET	53
4.1 EUROOPAN UNIONIN TIETOSUOJASÄÄNTELY	53
4.2 YLEISEN TIETOSUOJA-ASETUKSEN JA SEUT 102 ARTIKLAN SOVELTAMISALAT	53
4.3 TIETOSUOJAN JA KILPAILUOIKEUDEN TAVOITTEET SEKÄ KOHTUULLISUUDEN KÄSITE	55
4.4 TIETOSUOJAPERIAATTEET VERTAILUKOHTANA VERKKOALUSTAN TIETOSUOJAEHTOJEN KOHTUUTTOMUUDEN KILPAILUOIKEUDELLISESSA ARVIOINNISSA	59
4.4.1 <i>Henkilötietojen käsittelyä koskevat periaatteet yleisessä tietosuoja-asetuksessa</i>	59
4.4.2 <i>Lainmukaisuus, kohtuullisuus ja läpinäkyvyys</i>	61
4.4.3 <i>Käyttötarkoitussidonnaisuus</i>	73
4.4.4 <i>Tietojen minimointi ja säilytyksen rajoittaminen</i>	77
5 LOPUKSI.....	79

LÄHTEET

Kirjallisuus

Ahlborn, C. – Evans, D. J. – Padilla, A. J., Competition policy in the new economy: is European competition law up to the challenge? Julkaisussa: *European Competition Law Review* 22(5) 2001, s. 156-167.

Akman, Pinar, The Concept of Abuse in EU Competition Law : Law and Economic Approaches. Bloomsbury Publishing Plc 2012.

Armstrong, Mark, Competition in two-sided markets. Julkaisussa: *The RAND Journal of Economics* 37(3) 2006, s. 668-691.

Bania, Konstantina, The role of consumer data in the enforcement of EU competition law. *European Competition Journal* 14(1) 2018, s. 38-80.

Batchelor, Bill – Janssens, Caroline, Big data: understanding and analysing its competitive effects. *European Competition Law Review* 41(5) 2020, s. 217-224.

Björkroth, Tom – Mylly, Tuomas – Vuorinen, Jarkko, Alustatalous, kilpailuoikeus ja kilpailun taloustiede – hienosäätöä vai paradigman muutos? *Lakimies* 3–4/2018, s. 311–342.

Botta, Marco – Wiedemann, Klaus, Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision. *Journal of European Competition Law & Practice* 10(8) 2019, s. 465-478.

Colangelo, Giuseppe – Maggolino, Mariateresa, Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S.. Stanford-Vienna TTLF Working Paper 31/2018. Saatavilla: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3125490. Haettu: 1.2.2021.

Costa-Cabral, Francisco – Lynskey, Orla, Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law. *Common Market Law Review* 54(1) 2017, s. 11-50.

Cukier, Kenneth – Mayer-Schoenberger, Viktor, The Rise of Big Data: How it's Changing the Way we Think about the World. *Foreign Affairs* 92(3) 2013, s. 28-40.

Curry, Edward (2016). The Big Data Value Chain: Definitions, Concepts, and Theoretical Approaches, s. 29-37 teoksessa *Cavanillas, José María – Curry, Edward – Wahlster, Wolfgang* (toim.), *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*. Springer International Publishing 2016.

de Terwange, Cécile, Article 5. Principles relating to processing of personal data, teoksessa *Kuner, Christopher, Bygrave, Lee A., Docksey, Christopher* (toim.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR) : A Commentary*. Oxford University Press 2020.

Dienst, Sebastian, Lawful processing of personal data in companies under the General Data Protection Regulation, s. 49-103 teoksessa *Rücker, Daniel – Kugler, Tobias* (toim.), *New European General Data Protection Regulation : A Practitioner's Guide*. Nomos Verlagsgesellschaft 2018.

Dimakopoulos, Philipp D. – Sudaric, Slobodan, Privacy and platform competition. *International Journal of Industrial Organization* 61 2018, s. 686–713.

Edlin, Aaron S. – Harris, Robert G., The Role of Switching Costs in Antitrust Analysis: A Comparison of Microsoft and Google. *Yale Journal of Law and Technology* 15(2) 2013, s. 170-213. Saatavilla: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol15/iss2/4/>. Haettu: 16.2.2021.

Evans, David S., The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. *Yale Journal of Regulation* 20(2) 2003, s. 325-381. Saatavilla: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjreg/vol20/iss2/4/>. Haettu: 29.3.2021.

Evans, David S., The Antitrust Economics of Free. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper 555 2011. Saatavilla: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/484/. Haettu: 5.4.2021.

Ezrachi, Ariel, EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Oxford Legal Studies Research Paper no. 17/2018. Saatavilla: <https://ssrn.com/abstract=3191766>. Haettu 21.4.2021.

Ezrachi, Ariel – Stucke, Maurice, Online Platforms and the EU Digital Single Market. Submission to the House of Lords, Internal Market Sub-Committee. University of Tennessee Legal Studies Research Paper 283 2015.

Faria, Tânia Luísa – Lima, Guilherme Neves, Abuse of a dominant position in the digital economy in the EU and the US: the Big Four and the war of the worlds. *European Competition Law Review* 41(3) 2020, s. 144-151.

Farrell, Joseph – Klemperer, Paul, Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. UC Berkeley: Competition Policy Center 2006. Saatavilla: <https://escholarship.org/uc/item/9n26k7v1>. Haettu: 2.4.2021.

Filistrucchi, Lapo – Geradin, Damien – van Damme, Eric – Affeldt, Pauline, Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. *Journal of Competition Law and Economics* 10(2) 2014, s. 293-340.

Filistrucchi, Lapo – Geradin, Damien – van Damme, Eric, Identifying Two-Sided Markets. TILEC Discussion Paper 2012-008 2012. Saatavilla: <https://ssrn.com/abstract=2008661>. Haettu: 31.3.2021.

Gal, Michal S. – Rubinfeld, Daniel L., The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. *Antitrust Law Journal* 80(3) 2016, s. 521-562.

Gal, Michal S., Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: Two Systems of Belief about Monopoly? *The Antitrust Bulletin* 49(1–2) 2004, s. 343–384.

Graef, Inge, Data as Essential Facility : Competition and Innovation on Online Platforms. KU Leuven 2016. Saatavilla: https://limo.libis.be/primo-explore/fulldisplay?docid=LIRIAS1711644&context=L&vid=Lirias&search_scope=Lirias&tab=default_tab&lang=en_US. Haettu: 21.4.2020.

Grimmelmann, James, The Structure of Search Engine Law. *Iowa Law Review* 93(1) 2007, s. 1-63.

Hagiu, Andrei, Merchant or Two-Sided Platform? Review of Network Economics 6(2) 2007, s. 115-133. Saatavilla: <https://doi.org/10.2202/1446-9022.1113>. Haettu 2.4.2021.

Hirvonen, Ari, Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisu 17 2011.

IT Governance Privacy Team, EU General Data Protection Regulation (GDPR) – an Implementation and Compliance Guide, Fourth edition. IT Governance Publishing Ltd 2020.

Jones, Alison – Sufrin, Brenda, EU Competition Law: Text, Cases, and Materials. Sixth edition. Oxford University Press 2016.

Jones, Alison – Sufrin, Brenda – Dunne, Niamh, EU Competition Law. Text, Cases, and Materials. Seventh Edition. Oxford University Press 2019.

Kalimo, Harri – Majcher, Klaudia, The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace. European Law Review 42(2) 2017, s. 210-233.

Katz, Michael L. – Shapiro, Carl, Network Externalities, Competition, and Compatibility. The American Economic Review 75(3) 1985, s. 424-440.

Korpisaari, Päivi – Pitkänen, Olli – Warmo-Lehtinen, Eija, Uusi tietosuojalainsäädäntö. Alma Talent Oy 2018.

Kotschy, Waltraut, The proposal for a new General Data Protection Regulation—problems solved? International Data Privacy Law 4(4) 2014, s. 274-281.

Kuoppamäki, Petri (2018). Uusi kilpailuoikeus. Alma Talent Oy 2018.

Lerner, Andres V., The Role of “Big Data” in Online Platform Competition. 2014. Saatavilla: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780. Haettu 10.2.2021.

Lianos, Ioannis, Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. Centre for Law, Economics and Society CLES Working Paper Series 3/2013. Saatavilla: https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10045064/1/Lianos_cles-3-2013new.pdf. Haettu: 19.4.2021.

Mandrescu, Daniel, Applying EU Competition Law to Online Platforms: The Road Ahead – Part 2. *European Competition Law Review* 38(9) 2017, s. 410-422.

Manne, Geoffrey A. – Wright, Joshua D., Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Case Against Google. *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34(1) 2010, s. 171-244.

Monopolkommission, Competition policy: The challenge of digital markets. Special Report No 68 2015. Saatavilla: https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf. Haettu 1.5.2021.

Määttä, Tapio, Metodinen pluralismi oikeustieteessä – Ympäristöoikeudellisen tutkimuksen suuntaukset ja menetelmät. s. 135-222 teoksessa *Miettinen, Tarmo* (toim.), Oikeustieteellinen opinnäyte – artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta. Edita Publishing Oy 2016.

O'Connor, Daniel, Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings. *Competition Policy International* 2016. Saatavilla: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2760061. Haettu 18.5.2021.

Ohlhausen, Maureen K. – Okuliar, Alexander P., Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy. *Antitrust Law Journal* 80(1) 2015, s. 121-156.

Oinonen, Mika, EU:n ja Suomen kilpailuvalvonta. Alma Talent Oy 2016.

Parker, Geoffrey G. – Van Alstyne, Marshall W., Two-Sided Network Effects: A Theory of Information Product Design. *Management Science* 51(10) 2005, s. 1494-1504.

Peitz, Martin – Valletti, Tommaso, Reassessing Competition Concerns in Electronic Communications Markets. *Telecommunications Policy* 39(10) 2015, s. 896-912.

Picker, Randal C., Competition and Privacy in the Web 2.0 and the Cloud. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 414 2008. Saatavilla: <https://ssrn.com/abstract=1151985>. Haettu: 18.5.2021.

Raitio, Juha – Tuominen, Tomi, Euroopan unionin oikeus. Alma Talent Oy 2020.

Rochet, Jean-Charles – Tirole, Jean, Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association 1(4) 2003, s. 990–1029. Saatavilla: <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>. Haettu 31.3.2021.

Rochet, Jean-Charles – Tirole, Jean, Two-Sided Markets: A Progress Report. The RAND Journal of Economics 37(3) 2006, s. 645-667.

Scharf, Arno, Exploitative business terms in the era of big data - the Bundeskartellamt's Facebook decision. European Competition Law Review 40(7) 2019, s. 332-339.

Shapiro, Carl – Varian, Hal R., Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy. Harvard Business School Press 1999.

Stucke, Maurice E. – Grunes, Allen P, Big Data and Competition Policy. Oxford University Press 2016.

Talus, Kim – Penttinen, Sirja-Leena, Eurooppaoikeudelliset oikeuslähteet ja niiden tulkinta oikeustieteellistä opinnäytettä kirjoittaessa, s. 223-245 teoksessa *Miettinen, Tarmo* (toim.), Oikeustieteellinen opinnäyte – artikkeleita oikeustieteellisten opinnäytteiden vaatimuksista, metodista ja arvostelusta. Edita Publishing Oy 2016.

Thépot, Florence, Market Power in Online Search and Social-Networking: a Matter of Two-Sided Markets. CLES Research Paper series 4/2012. Saatavilla: <https://discovery.ucl.ac.uk/id/eprint/10045070/>. Haettu 16.2.2021.

van Eijk, Nico – Fahy, Ronan – van Til, Harry – Nooren, Pieter – Stokking, Hans – Gelevert, Hugo, Digital platforms: an analytical framework for identifying and evaluating policy options. TNO Report 2015. Saatavilla: <https://hdl.handle.net/11245/1.504534>. Haettu 22.5.2021.

Volmar, Maximilian N. – Helmdach, Katharina O., Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation. European Competition Journal 14(2-3) 2018, s. 195-215.

Wang, Bin, Survival and competition among social networking websites: A research commentary on “Critical Mass and Willingness to Pay for Social Networks” by J. Christopher Westland. *Electronic Commerce Research and Applications* (9)1 2010, s. 20–22.

Wiedemann, Klaus, A Matter of Choice: The German Federal Supreme Court’s Interim Decision in the Abuse-of-Dominance Proceedings Bundeskartellamt v. Facebook (Case KVR 69/19). *IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51 2020, s. 1168–1181.

Wikberg, Olli, Johdatus kilpailuoikeuteen. Alma Talent Oy 2011.

Wilbur, Kenneth C., A Two-Sided, Empirical Model of Television Advertising and Viewing Markets. *Marketing Science* 27(3), s. 356-378.

Yoo, Christopher S., When Antitrust Met Facebook. *George Mason Law Review* 19(5) 2012, s. 1147-1162.

Virallislähteet

Euroopan tietosuojaneuvosto, tietosuojatyöryhmä WP29 ja Euroopan tietosuojavaltuutettu

Euroopan tietosuojaneuvosto, Asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat 05/2020. Versio 1.1, 4.5.2020. Saatavilla: https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_fi. Haettu: 4.5.2021.

Euroopan tietosuojaneuvosto, Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users. Version 1.0, 2.9.2020.

Euroopan tietosuojavaltuutettu, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy. 2014. Saatavilla: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en. Haettu: 18.5.2021.

Tietosuojatyöryhmä WP29, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. WP251rev.01, viimeksi tarkistettu ja hyväksytty 6.2.2018.

Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 03/2013 on purpose limitation. WP 203, 2.4.2013.

Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. WP 217, 9.4.2014.

Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 15/2011 on the definition of consent. WP187, 13.7.2011.

Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 4/2007 on the concept of personal data. WP 136, 20.6.2007.

Komission tiedonannot

Komission tiedonanto – Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskehittämien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla. Virallinen lehti C 31 5.2.2004, s. 5-18.

Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta. Virallinen lehti C 101 27.4.2004, s. 97–118.

Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20.

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti C 372 09.12.1997, s. 5-13.

Kansalliset kilpailuviranomaiset

Autorité de la concurrence – Bundeskartellamt, Competition Law and Data. 2016. Saatavilla: https://www.bundeskartellamt.de/EN/AboutUs/Publications/Reports/reports_node.html.

Haettu 12.4.2021.

Bundeskartellamt, Working Paper – Market Power of Platforms and Networks. B6-113/15 2016. Saatavilla: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Langfassung.html>. Haettu 23.5.2021.

Muut

Euroopan komissio, Commission Staff Working Paper, Impact Assessment. SEC(2012) 72 final 25.1.2012.

Euroopan komissio, Ehdotus EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI tietyistä digitaalisen sisällön toimittamista koskeviin sopimuksiin liittyvistä seikoista. COM/2015/0634 final – 2015/0287(COD) 9.12.2015.

Euroopan komissio, Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. Lehdistötiedote 18.5.2017. Saatavilla: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/IP_17_1369. Haettu 1.5.2021.

European Union Agency for Fundamental Rights ja Council of Europe, Handbook on European data protection law, 2018 edition. Publications Office of the European Union 2018.

Oberlandesgericht Düsseldorf, Facebook gegen Bundeskartellamt: Ergebnisse des Verhandlungstermins. Lehdistötiedote 9/2021 24.3.2021. Saatavilla: https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/Presse_aktuell/20210324_PM_Facebook2/index.php. Haettu 15.5.2021.

OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Publishing 2014. Saatavilla: <https://doi.org/10.1787/9789264218789-en>. Haettu 29.3.2021.

OECD, Supporting Investment in Knowledge Capital, Growth and Innovation. Pariisi, Ranska: OECD Publishing 2013. Saatavilla: <https://doi.org/10.1787/9789264193307-en>. Haettu 4.4.2021.

OECD, The Digital Economy. DAF/COMP(2012)22 2012. Saatavilla: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>. Haettu: 29.3.2021.

Oikeuskäytäntö*Unionin tuomioistuin*

tuomio 21.2.1973, Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 6/72, ECLI:EU:C:1973:22.

tuomio 27 (21) päivänä maaliskuuta 1974, Belgische Radio en Televisie ja société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM ja NV Fonior, asia 127-73, ECLI:EU:C:1974:25.

tuomio 13.11.1975, General Motors Continental NV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 26-75, ECLI:EU:C:1975:150.

tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22.

tuomio 13.2.1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 85/76, ECLI:EU:C:1979:36.

tuomio 9.11.1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 322/81, ECLI:EU:C:1983:313.

tuomio 5.10.1988, Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v. SA Novasam, asia 247/86, ECLI:EU:C:1988:469.

tuomio 13.7.1989, François Lucazeau ym. v. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) ym., yhdistetyt asiat 110/88, 241/88 ja 242/88, ECLI:EU:C:1989:326.

tuomio 13.7.1989, Tournier, asia 395/87, ECLI:EU:C:1989:319.

tuomio 3.7.1991, AKZO Chemie BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286.

XIII

tuomio 14.11.1996, Tetra Pak International SA v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436.

tuomio 12.9.2000, Pavel Pavlov ym. v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, yhdistetyt asiat C-180/98 - C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428.

tuomio, 23.11.2006, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), asia C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734.

tuomio 15.3.2007, British Airways plc v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166.

tuomio 16.9.2008, Sot. Lélos kai Sia EE ym. v. GlaxoSmithKline AEEVE Farmakeftikon Proïonton, yhdistetyt asiat C-468/06-C-478/06, ECLI:EU:C:2008:504.

tuomio 2.4.2009, France Télécom SA v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C 202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214.

tuomio 4.6.2009, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Alankomaiden kilpailuvirasto), asia C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343.

tuomio 14.10.2010, Deutsche Telekom AG v. Euroopan komissio, asia C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603.

tuomio 17.2.2011, Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, asia C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83.

tuomio, 6.12.2012, AstraZeneca AB ja AstraZeneca plc v. Euroopan komissio, asia C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770.

tuomio 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító Zrt. ym. v. Gazdasági Versenyhivatal (kilpailuvirasto), asia C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160.

tuomio 14.9.2017, Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA, Latvian tekijānoikeuksien ja lähioikeuksien yhteisvalvontajärjestö) v. Konkurences padome (Latvian kilpailuneuvosto), asia C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689.

Unionin yleinen tuomioistuin

tuomio 12.12.1991, Hilti AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70.

tuomio 1.4.1993, BPB Industries Plc ja British Gypsum Ltd v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31.

tuomio 30.9.2003, Atlantic Container Line AB ym. v. Euroopan yhteisöjen komissio, yhdistetyt asiat T-191/98, T-212/98 - T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245.

tuomio 30.9.2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250.

tuomio 7.6.2006, Österreichische Postsparkasse AG ja Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, yhdistetyt asiat T-213/01 ja T-214/01, ECLI:EU:T:2006:151.

määräys 30.1.2007, France Télécom SA v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22.

tuomio 17.9.2007, Microsoft Corp. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289.

tuomio 9.9.2009, Clearstream Banking AG ja Clearstream International SA v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-301/04, ECLI:EU:T:2009:317.

tuomio 25.6.2010, Imperial Chemical Industries Ltd v. Euroopan komissio, asia T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255.

tuomio 29.3.2012, Telefónica, SA ja Telefónica de España, SA v. Euroopan komissio, asia T-336/07, ECLI:EU:T:2012:172.

tuomio 11.12.2013, Cisco Systems, Inc. ja Messagenet SpA v. Euroopan komissio, asia T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635.

Komission päätökset

päätös 4.12.1981, The Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA), asia IV/29.971.

päätös 24.7.1991, Tetra Pak International SA, asia IV/31043.

päätös 20.4.2001, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG (DSD), asia COMP D3/34493.

päätös 20.6.2001, Manufacture Francaise de Pneumatiques Michelin, asia COMP/E-2/36.041/PO.

päätös 24.3.2004, Microsoft, asia COMP/C-3/37.792.

päätös 11.3.2008, Google/ DoubleClick, asia COMP/M.4731.

päätös 16.12.2009, Microsoft (sidonta), asia COMP/C-3/39.530.

päätös 18.2.2010, Microsoft/ Yahoo!, asia COMP/M.5727.

päätös 7.10.2011, Microsoft/ Skype, asia COMP/M.6281.

päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217.

päätös 6.12.2016, Microsoft/LinkedIn, asia M.8124.

päätös 27.6.2017, Google Search (Shopping), asia AT.39740.

Muu oikeus- ja viranomaiskäytäntö

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 26.3.1987, Leander v. Ruotsi.

Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tuomio 25.2.1997, Z. v. Suomi.

Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 23.2.2006, British Airways plc v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-95/04 P, ECLI:EU:C:2006:133.

Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen (Bundeskartellamt) päätös 6.2.2019, Facebook Inc. ym., B6-22/16. Saatavilla englanniksi: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html>. Haettu 2.5.2021.

Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (Bundesgerichtshof) päätös 23.6.2020, Bundeskartellamt v. Facebook, asia KVR 69/19, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0. Englanninkielinen käännös ‘‘Federal Cartel Office v. Facebook (Bundeskartellamt v. Facebook)’’. Decision of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) 23 June 2020 – Case No. KVR 69/19 (ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0). Act against Restraints of Competition, Sec. 19(1). Engl. Felmy, Allison. Julkaisussa: IIC – International Review of Intellectual Property and Competition Law 51 2020, s. 1137–1165.

Muut

Facebook-sovellusperheen mainosten hinnoittelu: <https://fi-fi.facebook.com/business/help/430291176997542?id=561906377587030>. Vierailtu: 10.2.2021.

Facebookin tietokäytäntö. Saatavilla: https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases. Haettu: 18.5.2021.

Google Ads:n hinnoittelu: https://ads.google.com/intl/fi-fi/home/pricing/?subid=fi-fi-ha-aw-bk-c-bau!o3~Cj0KCQiA34OBBhCcARIsAG32uvN2Uyh58xJvBj8ga_vVbk3SD5mOH-VtSMRAYOiEXsAI6HXPuk5SOGZlaAm1-EALw_wcB~58183755740~kwd-324821040474~1485447308~284240491865. Vierailtu 10.2.2021.

Googlen tietosuojakäytäntö. Saatavilla: <https://policies.google.com/privacy?hl=fi>. Haettu: 18.5.2021.

Inverardi, Matthias (24.3.2021). German court turns to top European judges for help on Facebook data case. Reuters. Saatavilla: <https://www.reuters.com/business/legal/german-court-turns-top-european-judges-help-facebook-data-case-2021-03-24/>. Vierailtu: 22.5.2021.

O'Toole, Kathleen (20.9.2013). Susan Athey: How Big Data Changes Business Management. Stanford Graduate School of Business. <https://www.gsb.stanford.edu/insights/susan-athey-how-big-data-changes-business-management>. Vierailtu: 15.2.2021.

PwC (30.6.2020). Global Top 100 companies by market capitalization. Saatavilla: <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/global-top-100-companies-june-2020-update.pdf>. Haettu: 19.10.2020.

Swant, Marty (27.7.2020). Apple, Microsoft And Other Tech Giants Top Forbes' 2020 Most Valuable Brands List. Forbes. Saatavilla: <https://www.forbes.com/sites/martyswant/2020/07/27/apple-microsoft-and-other-tech-giants-top-forbes-2020-most-valuable-brands-list/#4f08c6f83ada>. Vierailtu: 19.10.2020.

The Economist (6.5.2017). The World's Most Valuable Resource is No Longer Oil, but Data. Saatavilla: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Vierailtu: 19.10.2020.

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimuksen tausta ja tavoite

Teknologiajätit Google¹, Amazon, Apple, Microsoft ja Facebook lukeutuvat nykyisin maailman arvokkaimpiin yrityksiin sekä markkina-arvoltaan² että brändiltään³. Ne hallitsevat tietojen ja viestintäteknologiaan perustuvia digitaalisia markkinoita. Hakukoneet, verkon kauppapaikat, sovelluskaupat ja sosiaaliset verkostot ovat digitaalisaloudelle leimallisia liiketoimintamalleja, joiden perustana on verkkoalusta. Verkkoalustat tuovat yhteen eri käyttäjäryhmiä. Verkkoalustoihin ja niiden väliseen kilpailuun liittyy useita ominaisuuksia, joiden vuoksi menestyskäimät verkkoalustat nousevat usein erittäin voimakkaaseen asemaan markkinoilla.

Määrävässä markkina-asemassa olevalla verkkoalustalla on huomattavan paljon markkinavoimaa, jonka perusteella se voi esimerkiksi asettaa käyttäjilleen yksipuolisesti ehtoja, jotka ovat sille tavanomaista edullisempia.⁴ Euroopan unionissa määrävässä asemassa oleviin yrityksiin sovelletaan Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) 102 artiklaa, jonka mukaan yritys ei saa väärinkäyttää merkittävää markkinavoimaansa kilpailua vahingoittavalla tavalla. Tällaista väärinkäyttöä voi olla varsinkin kohtuuttomien ehtojen määrääminen.

Tietoa on kutsuttu digitaalisen ajan öljyksi.⁵ Teknologian kehityksen myötä yritykset voivat kerätä ja hyödyntää henkilötietoja ennennäkemättömissä määrissä ja laajuudessa.⁶ Henkilötiedoilla on tärkeä rooli digitaalisten alustojen liiketoiminnassa sekä yritysten välisessä kilpailussa digitaalisilla alustamarkkinoilla. Useat verkkoalustapalvelut ovat maksuttomia kuluttajille, mutta ilmaisia lounaita ei ole. Käyttäkseen verkkoalustaa kuluttajien on yleensä hyväksyttävä alustan asettamat käyttö- ja tietosuojaehtot, joiden perusteella alusta saa kerätä käyttäjää

¹ Täsmällisemmin Googlen emoyhtiö Alphabet.

² PwC (30.6.2020). Global Top 100 companies by market capitalization. Saatavilla: <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/global-top-100-companies-june-2020-update.pdf>. Haettu: 19.10.2020. s. 11.

³ Swant, Marty (27.7.2020). Apple, Microsoft And Other Tech Giants Top Forbes' 2020 Most Valuable Brands List. Forbes. Saatavilla: <https://www.forbes.com/sites/martyswant/2020/07/27/apple-microsoft-and-other-tech-giants-top-forbes-2020-most-valuable-brands-list/#4f08c6f83ada>. Vierailtu: 19.10.2020.

⁴ Ks. Kuoppamäki 2018, s. 251-252.

⁵ The Economist (6.5.2017). The World's Most Valuable Resource is No Longer Oil, but Data. Saatavilla: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Vierailtu: 19.10.2020.

⁶ Ks. luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen (EU) 2016/679 (jäljempänä yleinen tietosuojasetus tai tietosuojasetus) johdanto-osan kohta 6.

koskevia henkilötietoja. Siten alusta voi rakentaa käyttäjistään profiileja, joita se käyttää myydessään alustaa käyttäville mainostajille kohdennetun ja personoidun mainonnan palveluita.⁷

Yksilön oikeudella henkilötietojen suojaan on Euroopan unionissa vahva asema perusoikeutena.⁸ Henkilötietojen asianmukaista käsittelyä koskevat yleiset säännöt ovat vahvistettu luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta annetulla Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EU) 2016/679 eli yleisellä tietosuoja-asetuksella (jäljempänä myös pelkkä tietosuoja-asetus). Tietosuojasääntelyn kulmakivinä voidaan pitää asetuksen 5 artiklassa lueteltuja tietosuojaperiaatteita, jotka koskevat kaikkea henkilötietojen käsittelyä.

Henkilötietojen keskeisen roolin vuoksi verkkoalusta saattaa sitoa alustan käyttämiseen sellaisia tietojen käsittelyä koskevia ehtoja, joiden perusteella sillä on oikeus kerätä käyttäjistään mahdollisimman paljon eri henkilötietoja useista lähteistä. Jos verkkoalustayritys on määräävässä markkina-asemassa, nousee esiin kysymys siitä, voivatko sen määräämät tietosuojaehdot muodostua joissakin tapauksissa SEUT 102 artiklassa tarkoitetulla tavalla kohtuuttomiksi ja siten mahdollisesti merkitä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Samalla kysymys siitä, miten tämän kohtuuttomuuden arviointi suhteutuu unionin tietosuojasääntöihin, joissa on määritetty henkilötietojen asianmukaista käsittelyä koskevat vaatimukset. Määräävän markkina-aseman määräämien tietosuojaehtojen kohtuullisuuden arvioinnissa ollaan siten kilpailuoikeuden ja tietosuojan risteyksessä.

1.2 Tutkimuskysymys ja rajaukset

Tutkimuskysymys on seuraava: Voidaanko yleisen tietosuoja-asetuksen 5 artiklassa säädettyjä periaatteita soveltaa vertailukohtana SEUT 102 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua kohtuuttomuutta arvioitaessa tapauksessa, jossa määräävässä markkina-asemassa olevan verkkoalustayrityksen epäillään asettavan kohtuuttomia tietosuojaehtoja alustan yksityisille käyttäjille? Tutkimuksessa on kyse siitä, miten SEUT 102 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua kohtuuttomuutta on tulkittava verkkoalustan määräämien tietosuojaehtojen kontekstissa ja voidaanko yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisista tietosuojaperiaatteista hakea tässä tehtävässä tulkinta-apua.

⁷ Dimakopoulos – Sudaric 2018, s. 687.

⁸ Euroopan unionin perusoikeuskirjan 8 artikla.

SEUT 102 artiklassa tarkoitettua kohtuuttomuutta tutkitaan tässä nimenomaan digitaalisilla alustamarkkinoilla toimivien verkkoalustayritysten asettamien tietosuojaehtojen näkökulmasta. Näkökulman valinta perustuu ensinnäkin digitaalisten alustamarkkinoiden keskittymistäipumukseen. Toiseksi henkilötietojen laajamittainen käsittely tekee verkkoalustoista mielenkiintoisen tarkastelukohteen myös tietosuojan näkökulmasta.

Tässä tutkimuksessa ei käsitellä syvällisesti merkityksellisten markkinoiden määrittelyä ja markkinavoiman arviointia digitaalisilla alustamarkkinoilla. Koska SEUT 102 artikla soveltuu vain määräävässä markkina-asemassa oleviin yrityksiin, kokonaisuuden hahmottamiseksi on kuitenkin perusteltua tarkastella lyhyesti joitakin lähtökohtia, joita verkkoalustayrityksen määräävän aseman määrittämiseen liittyy. Tutkimus keskittyy kuitenkin väärinkäyttöarviointiin ja lähtee siitä oletuksesta, että verkkoalustayritys on määräävässä asemassa.

Tutkimus koskee vain kohtuuttomien hintojen tai muiden kauppaehtojen määräämistä. Muita määräävän markkina-aseman väärinkäytön muotoja tai muita kilpailunvastaisia menettelyitä käsitellään vain siltä osin kuin ne liittyvät yleisempiin kilpailuoikeuden käsitteisiin ja periaatteisiin.

1.3 Metodi

Tämä tutkimus on lainopillinen. Lainoppi on voimassa olevien oikeusnormien sisältöä tutkiva tulkintatiede. Sen tehtävänä on oikeusnormien tulkinta ja systematisointi.⁹ Tutkimuksen tavoitteena on selvittää, miten edellä esitettyyn tutkimuskysymykseen on vastattava voimassa olevan oikeuden perusteella. Vastauksen perusteet eli merkitykselliset voimassa olevat oikeusnormit ja niiden keskinäiset suhteet määräytyvät oikeuslähdeopin perusteella. Sen jälkeen, kun käytettävissä oleva oikeudellinen materiaali on saatu selville, on selvitettävä näiden oikeusnormien sisältö lainopin tulkintamenetelmin ja -opein.¹⁰ Tutkimuksessa myös systematisoidaan EU:n kilpailuoikeuden ja tietosuojasääntelyn välistä suhdetta erityisesti tarkastelemalla näiden alojen yhtymäkohtia. Systematisoinnilla tavoitellaan näiden alojen yhteensovittamista sekä johdonmukaisuutta niiden keskinäisessä suhteessa.¹¹

⁹ Hirvonen 2011, s. 21-22 ja 36.

¹⁰ Ibid., s. 37-41.

¹¹ Ks. ibid., s. 25.

Tutkimuksen tavoitteena on lopulta antaa tulkintasuositus siitä, mikä merkitys tietosuojasääntelyn ja erityisesti tietosuojaperiaatteiden vastaisella menettelyllä voisi olla SEUT 102 artiklaa sovellettaessa. Tutkimuksessa ei ratkaista mitään konkreettista yksittäistä oikeustapausta, vaan kyse on pikemminkin oletetusta tulkintatilanteesta ja tulkintasuosituksen antamisesta abstraktiin ongelmaan tässä tilanteessa.¹²

Tutkimuksen kohteena ovat erityisesti SEUT 102 artikla ja unionin kilpailuoikeutta koskeva ratkaisukäytäntö sekä yleisen tietosuoja-asetuksen 5 ja 6 artiklat. Koska kyse on EU-oikeudesta, tutkimuksessa on huomioitava unionin oikeusjärjestelmän erityinen luonne ja EU-oikeudelle ominainen oikeuslähdeoppi ja tulkintamethodiikka. Unionin oikeuden tulkinnan lähtökohdana on sanamuodon mukainen tulkinta, mutta perussopimusten tavoitteiden saavuttamiseksi tulkinnassa korostuu usein myös tavoitteellisuus. Lisäksi on kiinnitettävä huomiota Euroopan unionin tuomioistuimen oikeutta luovaan vaikutukseen ja tuomioistuimen tulkinnallaan kehitelempiin yleisiin EU-oikeudellisiin oikeusperiaatteisiin.¹³ Kansallisten oikeusjärjestysten normien sisällön selvittäminen on rajattu tämän tutkimuksen ytimen ulkopuolelle, mutta on syytä huomata, että käytännön ratkaisutoiminnassa on konkreettisisissa yksittäistapauksissa selvittettävä myös merkityksellisten kansallisten oikeusnormien sisältö.

Kilpailusäännöt on tavallisesti säädetty tarkoituksellisesti joustaviksi, jotta kilpailuoikeutta voidaan soveltaa eri toimialoilla ja jotta se voi sopeutua uusien olosuhteisiin kilpailun muuttaessa muotoaan.¹⁴ Sen vuoksi kilpailuoikeuden normien merkityssisältö ei usein selviä ainoastaan artikloiden sanamuodon mukaisella tulkinnalla, vaan on nojaututtava myös muihin tulkintamethodeihin kuten unionin oikeudessa yleisemminkin keskeiseen teleologiseen tulkintaan. Joustavan sääntelyn seurauksena kilpailuoikeuden kannalta relevantteja normeja löytyy myös muista oikeuslähteistä kuin säädöksistä – erityisesti oikeus- ja viranomaiskäytännöstä¹⁵.

Kilpailuoikeus ja taloustiede ovat läheisessä yhteydessä toisiinsa. Monet kilpailuoikeudet käsitteet, kuten merkitykselliset markkinat ja markkinavoima, ovat pohjimmiltaan taloustieteellisiä käsitteitä. Taloustieteellinen tutkimus on osa kilpailuoikeudellisen arvioinnin perustaa. Taloustiedettä ja oikeustiedettä ei ole syytä yrittää erottaa kilpailuoikeuden näkökulmasta. Kilpailuoikeudessa oikeus ja talous sekoittuvat erottamattomiksi.¹⁶

¹² Ks. Määttä 2016, s. 150 ja 158.

¹³ Talus – Penttinen 2016, s. 223-225.

¹⁴ Wikberg 2011, s. 76, ja Kuoppamäki 2018, s. 21 ja 26.

¹⁵ Wikberg 2011, s. 76-77.

¹⁶ Kuoppamäki 2018, s. 46. Ks. myös *ibid.*, s. 77.

1.4 Tutkielman rakenne

Johdannon jälkeen kuvataan verkkoalustojen tunnusomaisia ominaisuuksia sekä kilpailun ominaispiirteitä digitaalisilla (alusta)markkinoilla. Toisen luvun lopuksi tutkitaan myös henkilötietojen roolia verkkoalustojen liiketoiminnassa ja alustojen välisessä kilpailussa. Luvun tarkoituksena on selvittää, miksi verkkoalustat ovat erityisen kiinnostavia toisaalta määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnan näkökulmasta ja toisaalta henkilötietojen suojan näkökulmasta. Tutkimuksessa ei ole kyse minkään tietyn todellisen tapauksen tosiseikaston kuvaamisesta ja tapauksen ratkaisemisesta, mutta kuten luvussa ja jäljempänäkin tutkielmassa tarkasteltavat oikeustapaukset osoittavat, toisessa luvussa kuvattavat ominaispiirteet ovat saaneet usein oikeudellisesti merkityksellisten tosiseikkojen aseman yksittäistapauksissa.

Kolmannessa luvussa tarkastellaan määräävän markkina-aseman väärinkäyttökieltoa EU:ssa. Luku keskittyy SEUT 102 artiklan tulkintaan ja soveltamiseen. Määräävän markkina-aseman määritelmästä edetään määräävän aseman toteamiseen eli merkityksellisten markkinoiden ja markkinavoiman määrittämiseen. Tarkastelussa edetään yleiseltä tasolta nimenomaan verkkoalustojen ja digitaalisten markkinoiden tasolle, vaikkakaan määräävän aseman selvittämistä ei ole mahdollista käsitellä tässä tutkimuksessa perusteellisesti aiheen rajauksen vuoksi. Määräävään markkina-asemaan liittyvien lähtökohtien toteamisen jälkeen edetään väärinkäytön käsitteeseen ja edelleen nimenomaan kohtuuttomien hintojen ja muiden kauppaehtojen määrittämiseen määräävän markkina-aseman väärinkäytön muotona. Tavoitteena on selvittää, miten SEUT 102 artiklaa ja erityisesti sen 2 kohdan a alakohdtaa on tulkittava ja sovellettava. Tässä oikeuskäytäntö on keskeisessä asemassa. Luvun lopuksi tutkitaan, millainen merkitys kilpailuoikeuden alan ulkopuolisilla oikeussäännöillä ja tietosuojanäkökohdilla on ollut kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa eten unionin ratkaisukäytännön perusteella. Keskeinen kysymys on, voidaanko tietosuojasääntöjä soveltaa määräävän markkina-aseman väärinkäyttöarvioinnissa.

Neljännessä luvussa tutkitaan unionin kilpailuoikeuden ja tietosuojan suhdetta. Aluksi on tarpeen ottaa katsaus unionin tietosuojasääntelyn perusteisiin. Sen jälkeen tutkitaan unionin kilpailuoikeuden ja tietosuojan soveltamisalojen päällekkäisyyksiä sekä niiden tavoitteiden yhtäläisyyksiä. Luvun lopuksi käsitellään yleisen tietosuoja-asetuksen mukaisten tietosuojaperiaatteiden ja käsittelyperusteiden soveltamista vertailukohtana tietosuojaehtojen kohtuuttomuuden kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. Tutkimuksen johtopäätökset on koottu viimeiseen lukuun.

2 VERKKOALUSTAT JA DIGITAALISET ALUSTAMARKKINAT

2.1 Verkkoalustan määritelmä

Digitaalitalous on sateenvarjokäsite, jolla tarkoitetaan markkinoita, jotka keskittyvät digitaalisiin teknologioihin.¹⁷ Digitaalitaloudelle on ominaista muun muassa henkilötietojen laajamittainen käyttäminen sekä monisuuntaiset liiketoimintamallit, jotka hyödyntävät maksuttomien tuotteiden synnyttämien ulkoisvaikutusten arvoa.¹⁸ Digitaalisilla markkinoilla toimivien yritysten liiketoimintamallin keskiössä on alusta, joka toimii välittäjäorganisaationa eri käyttäjäryhmien välillä.¹⁹

Verkkoalustat tai digitaaliset alustat (eng. *online platform, digital platform*) toimivat yksinomaan Internetissä.²⁰ Ne ovat moninaisia eikä niille ole olemassa yhtä yleisesti hyväksyttyä määritelmää. Tutkimuksissa on useimmiten tyydytty alustojen ominaispiirteiden kuvailemiseen sekä esimerkkien luuttelemiseen.²¹ Tässäkään tutkimuksessa ei pyritä tyhjentävään määrittelyyn. Sen sijaan tutkimuksen tavoitteen kannalta on riittävää määritellä verkkoalustat löyhästi niiden tunnusomaisten ominaisuuksien sekä esimerkkien avulla. Konkreettisesti soveltamistilanteessa on kuitenkin siirryttävä yleisistä kuvauksista nimenomaan kyseisen verkkoalustan ominaisuuksien analysointiin.²²

Ominaispiirteiden määrittelyn ohella alustoja voidaan myös jaotella eri alaluokkiin.²³ Digitaaliset alustat voidaan jakaa niiden ominaisuuksien perusteella esimerkiksi jälleenmyyjiin tai jakelijoihin, markkinapaikkoihin, sosiaalisiin verkostoihin ja alustojen alustoihin.²⁴ Alustat voidaan jakaa myös huomioalustoihin sekä yhteen liittäviin alustoihin, jotka puolestaan voidaan jakaa edelleen transaktioalustoihin ja alustoihin ilman transaktioita.²⁵

¹⁷ OECD 2012, s. 5. Digitaalitaloutta on tosin jatkuvasti vaikeampaa segmentoida muusta taloudesta, sillä digitaalisia teknologioita käytetään tänä päivänä kaikilla talouden toimialoilla. OECD 2014, s. 73.

¹⁸ OECD 2014, s. 24.

¹⁹ Monopolkomission 2015, s. 12.

²⁰ Erotuksena verkkoalustoista ovat ei-digitaaliset alustat, kuten kauppakeskukset ja sanomalehdet. Ks. van Eijk ym. 2015, s. 10.

²¹ Ibid., s. 10-11.

²² Ibid., s. 11.

²³ Jaottelu voi koskea myös muita kuin digitaalisia alustoja. Esimerkiksi Evans on jakanut monisuuntaiset alustat kolmeen päätyyppiin: 1) *market-makers*, jotka mahdollistavat eri ryhmien välisen kaupankäynnin 2) *audience-makers*, jotka yhdistävät mainostajan ja yleisön ja 3) *demand-coordinators*, jotka tuottavat hyödykkeitä, jotka luovat epäsuoria verkostovaikutuksia eri ryhmien välille. Evans 2003, s. 334-335.

²⁴ Ks. van Eijk ym. 2015, s. 18-19.

²⁵ Bundeskartellamt 2016, s. 20-21.

Verkkoalustaan perustuvia liiketoimintamalleja ovat esimerkiksi verkkokaupat, verkkomaksaminen, pilvipalvelut, sovelluskaupat, hakukoneet ja sosiaaliset verkostot.²⁶ Kuten esimerkit osoittavat, verkkoalustat voivat olla keskenään hyvin erilaisia, mutta niillä on useita yhteisiä ominaispiirteitä. Ne yhdistävät eri käyttäjäryhmät, kuten kuluttajat, sisällöntuottajat ja mainostajat, ja mahdollistavat näiden välisen vuorovaikutuksen. Lisäksi ne toimivat yksinomaan Internetissä.²⁷

Verkkoalustat eivät välttämättä toimi eri käyttäjäryhmien välillä varsinaisina välittäjinä tai välikäsinä siten, että transaktiot tapahtuisivat alustan ja jonkin käyttäjän välillä. Toisin kuin välittäjät, alustat voivat vain mahdollistaa käyttäjäryhmien välisen vuorovaikutuksen ja transaktion. Esimerkiksi jonkin hyödykkeen hallinta voi siirtyä suoraan eri käyttäjäryhmiin kuuluvien osapuolten välillä ilman, että hyödyke siirtyisi jossakin vaiheessa alustan hallintaan.²⁸ Alusta voi kuitenkin toimia myös välittäjänä.²⁹

Verkkoalustoja on erilaisia, joten niiden ansaintamallitkin vaihtelevat. Kuluttajat saavat monet verkkoalustat, kuten Facebookin sosiaalisen verkoston tai Googlen hakukoneen, käyttöönsä maksutta. Palvelun käytön ehtona on kuitenkin tyypillisesti se, että verkkoalusta saa kerätä ja hyödyntää tietoa käyttäjästä. Verkkoalusta saa tulonsa etupäässä mainostajien maksamista mainoksista, joita verkkoalusta näyttää alustaa käyttäville kuluttajille. Kuluttajakäyttäjistä kerätyn tiedon perusteella alusta voi kohdentaa ja personoida mainontaa ja siten tarjota mainostajille tehokkaampia mainospalveluita.³⁰ Henkilötietojen roolin vuoksi tässä tutkimuksessa erityisen mielenkiinnon kohteina ovat juuri tällaiset alustat.

Verkkoalusta voi myös tarjota palveluita suoraan kuluttajakäyttäjälle ja veloittaa niistä maksun. Tällainen verkkoalustapalvelu on esimerkiksi Netflix, joka tarjoaa kuluttajille suoratoistona elokuvia ja televisiosarjoja kuukausittain veloitettavaa tilausmaksua vastaan. Esimerkiksi sovelluskauppa saattaa puolestaan veloittaa sovelluskehittäjää sovelluksen myymisestä sovelluskaupan alustalla ja periä kuluttajilta maksun sovellusostoksesta sovelluskehittäjän puolesta.³¹ Yritys voi myös tarjota verkkoalustapalvelustaan kaksi eri versiota: yksinkertaisemman ja suppeamman version maksutta ja laajemman ja monipuolisemman version maksua vastaan.³²

²⁶ Faria – Lima 2020, s. 145.

²⁷ Graef 2016, s. 21.

²⁸ Hagi 2007, s. 115-116.

²⁹ Björkroth – Mylly – Vuorinen 2018, s. 314-315.

³⁰ Peitz – Valletti 2015, s. 902.

³¹ Ibid., s. 902-903.

³² Evans 2011, s. 10.

Ei ole tavatonta, että uusilla verkkoalustoilla ei välttämättä ole liiketoimintamallia, joka tuotaisi kestäväää tulovirtaa. Ne kehittävät alustan teknologiaa ja liiketoimintamallia sekä keräävät käyttäjiä pyrkien siten luomaan arvoa itselleen tai muille yrityksille tulevaisuutta ajatellen. Ansainta alkaa vasta myöhemmin, kun alusta on saavuttanut tietyn mittakaavan ja löytänyt kannattavimman liiketoimintamallin, tai kun vaihtoehtoisesti toinen yritys ostaa alustan.³³

Digitaalisilla markkinoilla on lisäksi tarjolla ilmaisia palveluita ilman tavoitetta voiton maksimoinnista. Esimerkkejä ovat Wikipedia sekä vapaat ohjelmistot kuten Mozilla Firefox -verkkoselain.³⁴

2.2 Digitaalisten markkinoiden taipumus keskittyä ja kilpailun ominaispiirteet

Seuraavaksi tarkastellaan verkkoalustojen ja digitaalisten alustamarkkinoiden tiettyjä tunnusomaisia ominaisuuksia. Ominaispiirteet selittävät osaltaan sitä, miksi digitaalisilla alustamarkkinoilla on taipumus keskittyä voimakkaasti tiettyjen yritysten käsiin.³⁵ Luvussa tarkastellaan myös sitä, miten näitä ominaispiirteitä on arvioitu digitaalisia alustamarkkinoita koskevissa Euroopan komission ja unionin tuomioistuimen ratkaisuisissa erityisesti alalle tulon esteiden ja laajentumisen näkökulmasta. Tavoitteena on ymmärtää verkkoalustojen välisen kilpailun ominaispiirteitä, jotta ne tulevat huomioituiksi verkkoalustan määräävää asemaa ja sen väärinkäyttöä koskevassa arvioinnissa.

2.2.1 Kaksipuoliset ja monisuuntaiset markkinat

Kuten edellä on todettu, verkkoalustat yhdistävät eri käyttäjäryhmiä ja mahdollistavat näiden välisen vuorovaikutuksen. Kuluttajan ja mainostajan välisestä vuorovaikutuksesta on kyse esimerkiksi silloin, kun hakukonetta käyttävä kuluttaja klikkaa hakutulosten kärjessä näkemäänsä mainosta. Kuluttaja ja sovelluskehittäjä taas ovat vuorovaikutuksessa keskenään, kun kuluttaja ostaa sovelluskehittäjän sovelluksen sovelluskaupasta. Ensimmäisessä esimerkissä yhdistävänä verkkoalustana on hakukone ja jälkimmäisessä sovelluskauppa. Verkkoalustat toimivat siten kaksipuolisilla tai monisuuntaisilla markkinoilla³⁶.

³³ van Eijk ym. 2015, s. 13.

³⁴ Gal – Rubinfeld 2016, s. 522.

³⁵ Ks. OECD 2012, s. 5-6.

³⁶ Käsitteet kuvaavat luonnollisesti sitä, onko alustan käyttäjäryhmiä kaksi vai useampia. Ks. Rochet – Tirole 2005, s. 645.

Markkinoiden kaksipuolisuuteen ja monisuuntaisuuteen liittyvät teoriat perustuvat teorioihin verkostoulkovaikutuksista ja monituotehinnoittelusta (*multiproduct pricing*).³⁷ Taloustieteellisessä kirjallisuudessa on tarjottu erilaisia määritelmiä kaksipuolisille ja monisuuntaisille markkinoille. Rochetin ja Tirolen mukaan markkinat ovat kaksipuoliset, jos alusta voi vaikuttaa transaktioiden määrään veloittamalla enemmän markkinoiden yhdellä puolella ja alentamalla toisen puolen maksamaa hintaa saman määrän verran.³⁸ Armstrongin mukaan monilla markkinoilla on mukana kaksi toimijaryhmää, jotka ovat keskenään vuorovaikutuksessa alustojen kautta. Ryhmän alustalle liittymisestä saama hyöty riippuu toisen alustalle liittyvän ryhmän koosta.³⁹ Evansin mukaan markkinat ovat monisuuntaisia kolmen edellytyksen täyttyessä: Alustalla on ensinnäkin oltava kaksi tai useampi erillistä asiakasryhmää. Toiseksi näiden ryhmien yhteen liittämiseen liittyy ulkoisvaikutuksia. Kolmas edellytys on, että tarvitaan välittäjä sisäistämään ne ulkoisvaikutukset, joita ryhmä luo toiselle ryhmälle.⁴⁰ Hagiun mukaan kaksipuolisuus ei ole joko-tai -käsite, jonka mukaan alusta joko on tai ei ole kaksipuolinen. Sen sijaan puhtaan yksipuolisen välittäjän ja puhtaan kaksipuolisen alustan välillä on erilaisia välittäjämuotoja.⁴¹

Kaksipuolisilla markkinoilla toimijat molemmiin puolin markkinoita tavallisesti arvostavat toisen puolen läsnäoloa. Tilanne on tällainen esimerkiksi verkkoalustapohjaisissa kauppapaikoissa ostajien ja myyjien välillä. Kun alustan toisena (tai yhtenä) käyttäjäryhmänä ovat mainostajat, kyse on jokseenkin omaleimaisesta kaksipuolisuudesta (tai monisuuntaisuudesta). Molemmat ryhmät hyötyvät alustasta sitä enemmän, mitä useampi toiseen ryhmään kuuluva toimija käyttää alustaa, sillä kaupanteon mahdollisuudet paranevat. Mainonnan osalta puolestaan on selvää, että verkkoalusta on sitä hyödyllisempi mainostajalle, mitä useampi kuluttaja käyttää alustaa. Sen sijaan ei ole täysin selvää, miten kuluttajakäyttäjät suhtautuvat mainontaan esimerkiksi hakukoneen tai yhteisöpalveluiden yhteydessä. Kuluttajat saattavat karsastaa mainossumaa.⁴² Toisaalta kuluttajat saattavat hyötyä hakutulosten yhteydessä näytettävistä mainoksista esimerkiksi siinä tapauksessa, että he etsivät tiettyä tuotetta tai palvelua ostettavaksi. Sosiaalisissa verkostoissa kuluttajat saattavat kokea hyödylliseksi nähdä mainoksia sen perusteella, millaisiin tuotteisiin ja palveluihin heidän verkostonsa jäsenet ovat reagoineet, eli

³⁷ Rochet – Tirole 2003, s. 993-994, ja *ibid.*, s. 646.

³⁸ Rochet – Tirole 2005, s. 664-665.

³⁹ Armstrong 2006, s. 668.

⁴⁰ Evans 2003, s. 331-332.

⁴¹ Hagiun 2007, s. 118.

⁴² Televisiokanavien tapauksessa mainosajan lisäämisen on havaittu pienentävän yleisön kokoa. Wilbur 2008, s. 376.

esimerkiksi sillä perusteella, että heidän seuraamansa henkilö on alkanut seuraamaan tiettyä yritystä.⁴³

Markkinoita voidaan pitää kaksipuolisina tai monisuuntaisina, jos ainakin yksi käyttäjäryhmä pitää alustaa sitä hyödyllisempänä, mitä enemmän toisella puolella markkinoita on käyttäjiä.⁴⁴ Siten hakukoneita, sosiaalisia verkostoja ja muita mainonnan medioita pidetään kuitenkin yleisesti monisuuntaisina alustoina siitä huolimatta, että kuluttajakäyttäjät eivät välttämättä arvosta mainostajien läsnäoloa alustalla.⁴⁵

Digitaalisten markkinoiden kaksipuolisuus tai monisuuntaisuus on merkityksellinen seikka määrävän markkina-aseman väärinkäyttöä koskevassa arvioinnissa, sillä se vaikuttaa merkityksellisten markkinoiden määrittelyyn (ks. jäljempänä luku 3.2.1). Lisäksi kaksipuolisuuteen tai monisuuntaisuuteen kiinteästi liittyvillä verkostovaikutuksilla on merkitystä markkinavoiman määrittämisessä.

2.2.2 Skaalaedut

Verkkoalustan luominen edellyttää tavallisesti huomattavia investointeja muun muassa palvelininfrastruktuuriin sekä esimerkiksi algoritmeihin liittyvään tutkimus- ja tuotekehitykseen. Siten kiinteät kustannukset ovat usein korkeat.⁴⁶ Sen sijaan näiden kustannusten jälkeen esimerkiksi uuden haun suorittamisesta, uuden kommentin tai tykkäyksen fasilitoinnista taikka uuden mainoksen tai ostossuosituksen näyttämisestä aiheutuvat lisäkustannukset ovat vähäisiä tai jopa olemattomia, vaikkakin alustan ylläpito ja kehittäminen vaativat jatkuvia panostuksia.⁴⁷ Alustan tuottamien palveluiden keskimääräiset kustannukset siis laskevat tuotannon kasvaessa. Verkostotaloudelle tyypilliset korkeat kiinteät kustannukset ja laskevat rajakustannukset synnyttävät tarjontapuolen skaalaetuja.⁴⁸ Lisäksi verkkoalustoihin liittyvät verkostovaikutukset, joita käsitellään tarkemmin seuraavaksi, synnyttävät skaalaetuja kysynnän puolella.⁴⁹ Skaalaedut lisäävät digitaalisten alustamarkkinoiden keskittymistäipumuksia.

⁴³ Graef 2016, s. 38-43.

⁴⁴ Filistrucchi – Geradin – van Damme 2012, s. 4-5. Ks. Evans 2003, s. 334-335.

⁴⁵ Ks. Evans 2003, s. 334-335.

⁴⁶ Ks. komission päätös 18.2.2010, Microsoft/ Yahoo!, asia COMP/M.5727. k. 111.

⁴⁷ Graef 2016, s. 43-44.

⁴⁸ Shapiro – Varian 1999, s. 3 ja 21.

⁴⁹ Katz – Shapiro 1985, s. 424-425.

2.2.3 Verkostovaikutukset

Verkostovaikutukset ovat kaksipuolisten tai monisuuntaisten markkinoiden olennainen piirre.⁵⁰ Verkostovaikutuksista on kyse siinä tapauksessa, kun hyöty, jonka käyttäjä saa hyödykkeestä, riippuu muiden käyttäjien määrästä samassa verkostossa. Verkostovaikutus on positiivinen, kun käyttäjän hyödykkeestä saama hyöty kasvaa sitä mukaan, mitä useampi muu toimija käyttää kyseistä hyödykettä.⁵¹

Suorat verkostovaikutukset

Toisistaan voidaan erottaa suorat ja epäsuorat verkostovaikutukset. Suorien verkostovaikutusten tapauksessa käyttäjien määrän lisääntyminen parantaa kokonaisuudessaan hyödykkeen laatua. Mitä useampi muu käyttäjä käyttää esimerkiksi sähköpostia, sitä useampaan muuhun käyttäjään yksittäinen käyttäjä voi olla sähköpostin kautta yhteydessä. Siten hyöty, jonka käyttäjä saa sähköpostin käyttämisestä, on sitä suurempi, mitä useampi muu käyttäjä käyttää sähköpostia. Toisaalta jos sähköpostista ei olisi tullut tarpeeksi suosittu, siitä oli ollut vain vähän hyötyä pienelle käyttäjämäärälle. Suorat verkostovaikutukset ovat tyypillisiä viestintäteknologioille.⁵² Mitä useampi kuluttajakäyttäjä käyttää tiettyä yhteisöpalvelua, sitä hyödyllisempi se on yksittäiselle kuluttajakäyttäjälle, sillä sitä useamman käyttäjän kanssa hän voi olla alustan kautta vuorovaikutuksessa.⁵³

Menestys ruokkii siis menestystä: mitä enemmän verkkoalustalla on kuluttajakäyttäjiä, sitä houkuttelevampi se on myös muiden kuluttajien silmissä. Verkostovaikutusten seurauksena verkkoalustan kasvu voi olla voimakasta. Jossakin vaiheessa verkkoalusta saavuttaa kriittisen massan käyttäjiä ja hallitsee markkinoita.⁵⁴ Toisaalta verkostovaikutusten vuoksi epäsuositulla verkkoalustalla ei ole juurikaan arvoa harvoille käyttäjilleen.⁵⁵

Toisaalta asia ei ole aivan näin yksioikoinen. Lisäkäyttäjät eivät välttämättä kasvata alustan hyödyllisyyttä käyttäjän silmissä, jos uudet käyttäjät eivät esimerkiksi puhu samaa kieltä tai jaa samoja kiinnostuksenkohteita.⁵⁶ Lisäksi sosiaalisten verkostojen luonteeseen kuuluu se, että

⁵⁰ Evans 2003, s. 331-333. Filistrucchi – Geradin – van Damme 2012, s. 4-6.

⁵¹ Katz – Shapiro 1985, s. 424.

⁵² Ibid., s. 424.

⁵³ Graef 2016, s. 45.

⁵⁴ Ks. Shapiro – Varian 1999, s. 13 ja 180.

⁵⁵ Ibid, s. 177.

⁵⁶ Yoo 2012, s. 1151-1152.

käyttäjät muodostavat koko käyttäjäryhmän sisällä pienempiä tuttava- ja ystäväpiirejä. Sen vuoksi verkostovaikutuksia ei pidä tarkastella ainoastaan kokonaiskäyttäjämäärän valossa, vaan käyttäjien välisen vuorovaikutuksen ja heidän keskinäisten yhteyksiensä valossa.⁵⁷ Facebookin ja Whatsappin sulautumista koskevassa päätöksessään komissio totesi, että käyttäjämäärä sekä käyttäjän sovellusta käyttävien sukulaisten ja ystävien määrä ovat parametreja, jotka vaikuttavat palvelun hyödyllisyyteen kuluttajille.⁵⁸

Mainostajien puolella verkkoalustaa ei esiinny samanlaisia suoria verkostovaikutuksia kuin kuluttajakäyttäjien kesken, sillä mainostajat eivät hyödy siitä, että useampi mainostaja käyttää alustaa. Päinvastoin – mainostajat kilpailevat keskenään kuluttajakäyttäjien huomiosta. Lisäksi suosittu verkkoalusta saattaa nostaa mainosten hintoja mainospaikkojen kysynnän kasvaessa.⁵⁹

Epäsuorat verkostovaikutukset

Epäsuorista verkostovaikutuksista on kyse silloin, kun hyödykkeen käyttäjien määrän kasvamisen johtaa yhteensopivien hyödykkeiden kysynnän kasvuun. Mitä enemmän esimerkiksi jotakin laitteistoa myydään, sitä kysyntympiä ovat kyseisen laitteiston kanssa yhteensopivat ohjelmistot. Yhteensopivat hyödykkeet lisäävät toistensa arvoa epäsuorasti.⁶⁰ Verkkoalustojen kontekstissa esimerkiksi yhteisöpalvelualustan suosion kasvaminen lisää alustan kanssa yhteensopivien sovellusten kysyntää.⁶¹

Epäsuorat verkostovaikutukset ovat kaksipuolisten tai monisuuntaisten markkinoiden keskeinen piirre, mutta niiden tapauksessa epäsuora vaikutus ei liity pääasiassa hyödykkeiden yhteensopivuuteen, vaan alustan eri käyttäjäryhmien väliseen yhteyteen. Mitä useampi käyttäjä käyttää alustaa, sitä arvokkaampi alusta on toiselle käyttäjäryhmälle. Verkostovaikutukset siis riserteävät markkinoiden eri puolten välillä siten, että yhden puolen valinta käyttää tiettyä hyödykettä vaikuttaa toisen puolen valintaan käyttää toista hyödykettä. Kun yhä useampi käyttäjä esimerkiksi luo profiilin tietylle yhteisöpalvelualustalle, sitä houkuttelevampaa mainostajille on ostaa lisämainostilaa alustalta, sillä he voivat tavoittaa entistä suuremman yleisön.⁶² Toisaalta mitä enemmän verkkoalustalla on kuluttajakäyttäjiä, sitä kalliimmaksi mainonta saattaa

⁵⁷ Wang 2010, s. 20-21.

⁵⁸ Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, COMP/M.7217. k. 129.

⁵⁹ Lerner 2014, s. 58-59.

⁶⁰ Katz – Shapiro 1985, s. 424.

⁶¹ Graef 2016, s. 45.

⁶² Parker – Van Alstyne 2005, s. 1496, ja *ibid.*, s. 33.

tulla mainostajalle verkkoalustan laskutusperiaatteiden vuoksi.⁶³ Verkkoalusta veloittaa mainostajaa tyypillisesti kuluttajakäyttäjien aktiivisuuden perusteella eli esimerkiksi sen mukaan, kuinka moni kuluttaja klikkaa mainosta.⁶⁴

Hakukoneiden ja verkkokauppojen kohdalla kuluttajakäyttäjät eivät suoraan hyödy siitä, että moni muukin käyttäjä käyttää palvelua. Siten suorilla verkostovaikutuksilla ei ole näissä palveluissa merkitystä. Sen sijaan käyttäjät hyötyvät kyllä epäsuorasti suuresta käyttäjämäärästä.⁶⁵ Esimerkiksi hakutulokset ja verkkokaupan tarjoamat ostossuositukset ovat kertyneen datan pohjalta sitä merkityksellisempiä ja osuvampia, mitä enemmän hakukoneella on tehty hakuja tai verkkokaupassa on tehty ostoksia. Lisäksi verkkoalusta pystyy näyttämään käyttäjille paremmin kohdennettuja ja personoituja mainoksia, kun sille on kertynyt tietoa käyttäjän todennäköisistä mielenkiinnonkohteista käyttäjän profiilin ja toimintahistorian sekä muiden samankaltaisten käyttäjien käyttäytymisen perusteella.⁶⁶

Aiemmat haut kerryttävät hakukoneelle tietoa muun muassa käytetyistä hakusanoista ja siitä, mitä linkkejä käyttäjät ovat hakutuloksissa klikanneet.⁶⁷ Lisäksi mitä enemmän hakukoneella on käytössään käyttäjien eri tyyppisiä henkilötietoja, kuten ikä, sukupuoli, sijainti, koulutus tai ammatti, sitä relevantimpia hakutuloksia hakukone pystyy tarjoamaan samanikäisille ja -sukupuolisille käyttäjille samalla alalla ja alueella. Samalla tavalla esimerkiksi verkkokauppa pystyy tarjoamaan käyttäjilleen sitä osuvampia ostossuosituksia, mitä enemmän verkkokaupalla on tietoa ostajien henkilökohtaisista ominaisuuksista ja ostokäyttäytymisestä. Käyttäjien samantyyppisyyden perusteella kauppapaikka voi siis paremmin ennustaa, mikä kiinnostaa yksittäistä käyttäjää.⁶⁸

Toisaalta hakukone tarvitsee toimiakseen tehokkaasti vain tietyn minimimäärän dataa, ja kyseinen minimimäärä on verrattain helposti tavoitettavissa. Minimimäärään jälkeen lisädatasta on vain rajallisesti hyötyä.⁶⁹ Lisäksi laadukkaiden hakutulosten tuottamiseen vaikuttavat tiedon

⁶³ Lerner 2014, s. 58-59.

⁶⁴ Ks. esim. Google Ads:n hinnoittelu https://ads.google.com/intl/fi-fi/home/pricing/?subid=fi-fi-ha-aw-bk-c-bau!o3~Cj0KCOiA34OBBhCcARIsAG32uvN2Uyh58xJvBj8ga_vVbk3SD5mOHVtSMRAYOiEX-sAI6HXPuk5SOGZiAaAm1-EALw_wcB~58183755740~kwd-324821040474~1485447308~284240491865 (Vierailtu 10.2.2021) ja Facebook-sovellusperheen mainosten hinnoittelu <https://fi-fi.facebook.com/business/help/430291176997542?id=561906377587030> (Vierailtu 10.2.2021).

⁶⁵ Manne – Wright 2010, s. 211-212.

⁶⁶ Graef 2016, s. 46-47.

⁶⁷ Ks. Grimmelmann 2007, s. 10-11.

⁶⁸ Graef 2016, s. 46.

⁶⁹ Manne – Wright 2010, s. 212.

lisäksi muutkin tekijät kuten tekninen osaaminen ja laaduntestaus.⁷⁰ Toisaalta mitä suurempi käyttäjäkunta hakukoneella on, sitä tehokkaammin se pystyy keräämään ajankohtaista informaatiota ja siten mukautumaan käyttäjien muuttuviin tarpeisiin ja preferensseihin. Jos esimerkiksi jossakin kaupungissa tapahtuu merkittävä onnettomuus, hakukone pystyy nopeasti tarjoamaan relevantimmiksi hakutuloksiksi tuoreimpia uutisia tapahtuneesta, kun hakusanana on kaupungin nimi.⁷¹ Toisaalta voidaan katsoa, että kyse ei ole verkostovaikutuksista, koska käyttäjille ei ole palvelun hyödyllisyyden kannalta merkitystä sillä, minkä verran hakukoneella on tulevaisuudessa käyttäjiä. Kyse on ennemminkin oppimisesta.⁷²

2.2.4 Muut ominaispiirteet

Multi-homing -ilmiö ja vaihtamiskustannukset

Osa verkkoalustan käyttäjistä saattaa käyttää useampaa alustaa samaan tarkoitukseen. Käyttäjä saattaa esimerkiksi tilata useampaa suoratoistopalvelua televisiosarjojen ja elokuvien katsomista varten tai mainostaja saattaa mainostaa samaa hyödykettä useammalla alustalla. Tätä kutsutaan multi-homing -ilmiöksi.⁷³ Eri asia on esimerkiksi se, että kuluttajalla saattaa on profiileja useilla sosiaalisten verkostojen verkkoalustoilla, mutta hän käyttää niitä erilaisiin tarkoituksiin kuten yhtä yhteydenpitoon ammatillisten verkostojen kanssa ja toista yhteydenpitoon perheenjäsenten kanssa.⁷⁴

Käyttäjälle aiheutuu vaihtamiskustannuksia, kun nykyiseen palveluntarjoajaan tehty investointi on tehtävä uudelleen uuteen palveluntarjoajaan.⁷⁵ Vaihtamiskustannusten seurauksena käyttäjä voi olla haluton vaihtamaan käyttämäänsä verkkoalustaa. Kuluttajille voi aiheutua vaihtamiskustannuksia esimerkiksi verkkoalustan käytön opettelemisesta. Myös se, että jokin sovellus on esiasennettu esimerkiksi kuluttajan matkapuhelimeen, voi lisätä vaihtamisen vastahakoisuutta.⁷⁶ Mainostajille taas voi aiheutua vaihtamiskustannuksia muun muassa siinä tapauksessa, että verkkoalusta rajoittaa mainoskampanjoiden siirrettävyyttä toiselle alustalle.⁷⁷ Lock-in -

⁷⁰ Lerner 2014, s. 30-32.

⁷¹ O'Toole, Kathleen (20.9.2013). Susan Athey: How Big Data Changes Business Management. Stanford Graduate School of Business. <https://www.gsb.stanford.edu/insights/susan-athey-how-big-data-changes-business-management>. Vierailtu: 15.2.2021.

⁷² Graef 2016, s. 49-50.

⁷³ Ks. Rochet – Tirole 2003, s. 991-993.

⁷⁴ Thépot 2012), s. 21.

⁷⁵ Farrell – Klemperer 2006, s. 12.

⁷⁶ Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217. k. 111.

⁷⁷ Graef 2016, s. 51.

tilanteesta on kyse, kun vaihtamiskustannukset ylittävät vaihtamisen hyödyt. Tämän seurauksena käyttäjät pitäytyvät käyttämässään palvelussa sen sijaan, että he vaihtaisivat toiseen palveluun, jota he pitävät kuitenkin parempana. Jotkut vaihtamiskustannukset syntyvät luontaisesti tuotteen tai palvelun luonteesta johtuen. Jotkut vaihtamiskustannukset taas ovat strategisia: ne syntyvät yritysten tekemistä päätöksistä, joiden tarkoituksena on luoda vaihtamiskustannuksia tai kasvattaa niitä yli luontaisen tason. Ero on olennainen kilpailuoikeudellisessa analyysissä erityisesti näyttönä monopolisoitumisesta tai monopolisoitumisyrityksistä.⁷⁸

Kuluttajakäyttäjien näkökulmasta esimerkiksi hakukoneiden käyttämiseen ei liity ainakaan merkillepantavia vaihtamiskustannuksia. Yleiset hakukoneet ovat helposti kuluttajien saatavilla, ne toimivat useimmilla verkkoselaimilla ja niiden käyttöliittymät ovat siinä määrin samankaltaisia, että käytettyään yhtä hakukonetta käyttäjä osaa todennäköisesti käyttää muitakin hakukoneita ilman erityisempää opettelua. Hakukoneiden nopeuden vuoksi sama haku on mahdollista suorittaa eri hakukoneilla lyhyessä ajassa.⁷⁹ Tästä huolimatta vain pieni osa käyttäjistä käyttää vähintään kanta eri hakukonetta⁸⁰ eli multi-homing on vähäistä.

Kuluttajakäyttäjistä kerättyihin henkilötietoihin perustuva verkkoalustapalvelun personointi voi lisätä vaihtamiskustannuksia, jos tiedot eivät ole vaihtamisen yhteydessä siirrettävissä uudelle alustalle. Kuluttajat voivat olla haluttomia vaihtamaan esimerkiksi hakukonetta, joka pysyy tarjoamaan todennäköisesti osuvampia hakutuloksia käyttäjistä kerätyn tiedon perusteella. Sama pätee ostajien osalta verkossa toimivien kauppapaikkojen vaihtamiskustannuksiin.⁸¹ Myyjä voi olla haluton vaihtamaan alustaa, jos hänen saamansa positiiviset arviot eivät ole siirrettävissä toiselle alustalle, sillä hyvät arvioinnit houkuttelevat uusia ostajia (esimerkiksi Airbnb).⁸² Vaikka tietojen siirtäminen olisi teoriassa mahdollista, tietyn alustan keräämään käyttäjätiedon vieminen toiselle alustalle ei välttämättä olisi vaivatonta esimerkiksi sen vuoksi, että tiedot eivät ole helposti siirrettävässä muodossa.⁸³

⁷⁸ Edlin – Harris 2013, s. 176.

⁷⁹ Komission päätös, 27.6.2017, Google Search (Shopping), asia AT.39740, k. 306, alaviite 321. Ibid. s. 193-198.

⁸⁰ Komission päätös, 27.6.2017, Google Search (Shopping), asia AT.39740, k. 306-307.

⁸¹ Graef 2016, s. 52-53.

⁸² Ks. Picker 2008, s. 8-9.

⁸³ Graef 2016, s. 53.

Dynaaminen kilpailu

Digitaalitaloudessa innovaatioaste on korkea ja innovaatiocyklit ovat lyhyitä.⁸⁴ Korkean teknologian kasvavilla ja kehittyvillä digitaalisilla alustamarkkinoilla kilpailu on dynaamista ja yritysten markkina-asemat voivat muuttua nopeastikin etenkin menestyksekkäiden innovaatioiden myötä. Uudet toimijat voivat päästä nopeasti ja menestyksekkäästi markkinoille innovatiivisilla tuotteilla ja palveluilla.⁸⁵ Toisaalta vakiintuneet toimijat voivat laajentaa toimintaansa uusille toimialoille ja hyödyntää jo olemassa olevaa vahvaa brändiään sekä kestäväää ansaintamalliaan ja yhdistää uusia tuotteita ja palveluita muuhun tuote- ja palveluvalikoimaansa.⁸⁶ Esimerkiksi Amazon, Google ja Microsoft kilpailevat keskenään pilvipalveluiden markkinoilla, vaikka jokainen niistä on tullut alun perin tunnetuksi muista palveluista.⁸⁷ Täten johtavan markkina-aseman saavuttanut yritys voi menettää asemansa nopeasti.⁸⁸

Verkkoalustojen välisessä dynaamisessa kilpailussa yritykset kilpailevat pikemminkin markkinoista kuin markkinoilla. Markkinoilla kilpaillessaan yritykset kilpailevat siitä, kuka tarjoaa edullisimman hinnan ja parhaat ominaisuudet. Markkinoista kilpailtaessa ratkaisevaa on se, kuka keksii seuraavan hittituotteen tai -palvelun eli kehittelee innovaation, jonka avulla yritys pääsee dominoimaan markkinoita. Ainoa tapa säilyttää markkinajohtajuus on jatkaa innovoimista.⁸⁹

2.2.5 Laajentumisen ja alalle tulon esteet

Kun komissio arvioi yrityksen määräävää markkina-asemaa SEUT 102 artiklan soveltamisen yhteydessä, se ottaa huomioon muun ohella yrityksen kilpailijoiden toiminnan laajentumisesta ja potentiaalisten kilpailijoiden alalle tulosta aiheutuvan kilpailupaineen.⁹⁰ Komissio arvioi laajentumisen tai alalle tulon uhan uskottavuutta ja vaikutuksia. Laajentumisen tai alalle tulon

⁸⁴ Ks. komission päätös 7.10.2011, Microsoft/ Skype, asia COMP/M.6281. k. 83-84. Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217. k. 99. Komission päätös 18.2.2010, Microsoft/ Yahoo!, asia COMP/M.5727. k. 110.

⁸⁵ Ks. komission päätös 7.10.2011, Microsoft/ Skype, asia COMP/M.6281. k. 123. Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217. k. 116.

⁸⁶ Ks. komission päätös 7.10.2011, Microsoft/ Skype, asia COMP/M.6281. k. 124-127.

⁸⁷ Ks. O'Connor 2016, s. 6.

⁸⁸ Oinonen 2016, s. 160.

⁸⁹ Ahlborn – Evans – Padilla 2001, s. 160. Kirjoittajien käyttämä esimerkki on kuvaava: “*Imagine what Nokia's market share would be two years from now if it left the innovation to Ericsson, Siemens, Motorola or any of a dozen firms with the technical capacity to create mobile phones with a greater number of functionalities: it would plunge irremediably.*” s. 162.

⁹⁰ Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20. k. 12.

aiheuttama kilpailupaine voi riittää hillitsemään yrityksen markkinavoiman käyttämistä, jos laajentuminen tai markkinoille tulo on todennäköinen, oikea-aikainen ja riittävä. Laajentumisen tai alalle tulon todennäköisyys riippuu siitä, onko se (potentiaalisen) kilpailijan kannalta tarpeeksi kannattavaa. Kannattavuuteen puolestaan vaikuttaa muun ohella laajentumisen ja alalle tulon esteet.⁹¹

Kilpailijoiden toiminnan laajentumisen ja uusien tulokkaiden alalle tulon esteet voivat olla moninaisia. Tällaisia esteitä voivat olla muun muassa määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen saavuttamat mittakaava- eli skaalaedut, tärkeä tekniikka sekä verkostovaikutuksista johtuvat kustannukset ja muut uuteen toimittajaan vaihtaviin asiakkaisiin kohdistuvat esteet. Esteitä voi syntyä myös määräävässä asemassa olevan yrityksen vahvasta asemasta tutkimuksessa ja tuotekehityksessä⁹² sekä sen tekemistä merkittävistä investoinneista⁹³, joihin kilpailijoiden täytyy vastata. Komission tiedonannon mukaan jatkuvasti korkeat markkinaosuudet voivat olla osoitus markkinoille tulon ja laajentumisen esteistä.⁹⁴

Monet verkkoalustoille ja digitaalisille alustamarkkinoille tunnusomaiset ominaisuudet, kuten edellisissä alaluvuissa käsiteltyt skaalaedut, verkostovaikutukset ja vaihtamiskustannukset, voivat olla laajentumisen ja alalle tulon esteitä määräävässä asemassa olevan verkkoalustayritysten todellisille ja potentiaalisille kilpailijoille. Ne voivat siis vähentää kilpailijoiden laajentumis- ja alalle tulopyrkimyksiä. Siten ne voivat vähentää määräävässä asemassa olevaan verkkoalustaan kohdistuvaa kilpailupainetta sekä suojata ja vahvistaa sen asemaa.

⁹¹ Ibid., k. 16.

⁹² tuomio 12.12.1991, Hilti AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70. k. 19.

⁹³ Ks. tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22. k. 91.

⁹⁴ Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20. k. 17.

Verkostovaikutukset laajentumisen ja alalle tulon esteinä

Microsoft-päätöksissä vuosina 2004⁹⁵ ja 2009⁹⁶ komissio on arvioinut, että henkilökohtaisten tietokoneiden käyttöjärjestelmien markkinoilla on alalle tulon esteitä verkostovaikutusten vuoksi.⁹⁷ Tietokonetta käytetään tavallisesti eri sovelluksen käyttämiseksi. Mitä suositumpi käyttöjärjestelmä on kuluttajien keskuudessa, sitä enemmän itsenäiset ohjelmistokehittäjät kehittävät sovelluksia käyttöjärjestelmää varten. Tämä puolestaan kasvattaa edelleen käyttöjärjestelmän hyödyllisyyttä ja suosiota kuluttajien keskuudessa.⁹⁸ Vuoden 2009 päätöksessä komissio on pitänyt myös muun muassa tuotekehityksen ja -testauksen merkittäviä kustannuksia alalle tulon esteinä.⁹⁹

Komissio on arvioinut verkostovaikutuksia alalle tulon esteiden kannalta myös eri tavalla. Microsoft/Skype -päätöksessään komissio ei sinänsä kiistänyt verkostovaikutusten olemassaoloa verkkoyksityisviestinnän markkinoilla, mutta sen mukaan verkostovaikutuksia vähentävät multi-homing -ilmiö sekä se, että suurin osa pikaviestinpalveluiden kuluttajista on yhteydessä vain pieneen joukkoon perheenjäseniä ja ystäviä.¹⁰⁰ Komissio kiinnitti lisäksi huomiota siihen, että, yksityisviestinnän palvelut ovat kehittyvä ja nopeasti kasvava ala. Muun muassa näillä perusteilla komissio ei pitänyt laajentumisen ja alalle tulon esteitä korkeina yksityisviestinnän palveluiden markkinoilla.¹⁰¹ Tapaus eteni unionin yleisen tuomioistuimen käsiteltäväksi, kun Cisco Systems Inc ja Messagenet SpA vaativat komission päätöksen kumoamista. Kantajien mukaan komission verkostovaikutuksia koskeva analyysi oli ristiriidassa komission aiemman päätöskäytännön kanssa. Lisäksi komissio laiminlöi perusteluvollisuuttaan kantajien

⁹⁵ Komission päätös 24.3.2004, Microsoft, asia COMP/C-3/37.792. Komission päätöksen mukaan Microsoft syylistyi määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön ensinnäkin kieltäytymällä toimittamasta kilpailijoilleen ”yhteentoimivuutta koskevia tietoja” ja antamasta lupaa käyttää niitä Microsoftin omien tuotteiden kanssa kilpailevien tuotteiden kehittämiseen ja jakeluun työryhmäpalvelimille tarkoitettujen käyttöjärjestelmien markkinoilla. Toiseksi Microsoft rikkoi silloisen EY-sopimuksen 82 artiklan (nykyisen SEUT 102 artiklan) mukaista väärinkäyttökieltoa, kun se oli asettanut henkilökohtaisiin tietokoneisiin tarkoitetun Windows-käyttöjärjestelmän toimitamisen edellytykseksi sen, että samanaikaisesti hankitaan Windows Media Player -ohjelma. Unionin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi Microsoftin valituksen komission päätöksistä suurilta osin: tuomio 17.9.2007, Microsoft Corp. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289.

⁹⁶ Komission päätös 16.12.2009, Microsoft (sidonta), asia COMP/C-3/39.530. Komissio epäili Microsoftin toimineen unionin kilpailusääntöjen vastaisesti sitomalla Internet Explorer -verkkoselaimensa Windows-käyttöjärjestelmään. Asia ratkaistiin Microsoftia sitovin sitoumuksin.

⁹⁷ Komission päätös 24.3.2004, Microsoft, asia COMP/C-3/37.792. k. 448, ja komission päätös 16.12.2009, Microsoft (sidonta), asia COMP/C-3/39.530. k. 25.

⁹⁸ Komission päätös 24.3.2004, Microsoft, asia COMP/C-3/37.792. k. 449-450 ja perusteellisemmin lisäksi k. 451-459. Komission päätös 16.12.2009, Microsoft (sidonta), asia COMP/C-3/39.530. k. 26.

⁹⁹ Komission päätös 16.12.2009, Microsoft (sidonta), asia COMP/C-3/39.530. k. 29.

¹⁰⁰ Komission päätös 7.10.2011, Microsoft/ Skype, asia COMP/M.6281. k. 91-90.

¹⁰¹ Ibid., k. 94-95.

mukaan, kun se ei perustellut aiemmasta käytännöstä poikkeamista.¹⁰² Tuomioistuimien pitä väitettyä kuitenkin perusteettomana¹⁰³ multi-homing -ilmiön ja palveluntarjoajan vaihtamisen helpouden perusteella.¹⁰⁴ Siten tuomioistuin vahvisti komission näkemyksen siitä, että verkostovaikutukset eivät estä markkinoille tuloa.¹⁰⁵

Myös Facebook/Whatsapp-päätöksessään komissio on todennut, että verkostovaikutukset eivät luo laajentumisen ja alalle tulon esteitä kuluttajille tarkoitettujen viestintäsovellusten markkinoille eikä markkinoilla ylipäänsä ole merkittäviä perinteisiä alalle tulon esteitä.¹⁰⁶ Kyseinen markkina on dynaaminen ja kasvaa nopeasti, uuden yksityisviestintäsovelluksen kehittäminen ja lanseeraaminen ei vaadi merkittävästi aikaa tai investointeja ja sovelluksen jakelu on helppoa sovelluskaupan kautta.¹⁰⁷ Komissio ei tässä tapauksessa kiistänyt, etteikö yksityisviestintäsovellusten markkinoilla olisi verkostovaikutuksia. Useat tekijät kuitenkin pienentävät verkostovaikutusten merkitystä alalle tulon ja laajentumisen estämisessä. Multi-homing -ilmiö luokituu näihin tekijöihin.¹⁰⁸ Näin ollen perustelut seuraavat Microsoft/Skype -päätöksen perusteluita.

Edellä mainittujen tapausten perusteella komission johtopäätökset siitä, luovatko verkostovaikutukset alalle tulon ja laajentumisen esteitä, ovat olleet hieman vaihtelevia. On huomattava, että Microsoft-päätöksissä on ollut kyse määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnasta, kun taas Microsoft/Skype- sekä Facebook/Whatsapp-päätöksissä on ollut kyse yrityskauppa-valvonnasta. Arviointi on näissä tapauksissa erilaista: yrityskeskittymän soveltuvuutta sisämarkkinoille arvioidaan ennakolta (ns. ex ante -valvontaa), kun taas määräävän markkina-aseman väärinkäyttöepäilyn kohteena olevaa menettelyä arvioidaan jälkikäteisesti sen jo tapahduttua tai sen ollessa meneillään (ns. ex post -valvontaa). Lisäksi valvonnan keskiössä ovat eri asiat: yrityskauppa-valvonta keskittyy muutoksiin markkinoiden rakenteessa, kun taas väärinkäyttövalvonnassa huomion keskipisteenä on yrityksen menettely.¹⁰⁹ Siten yritysten yhteenliittymiä koskevista komission ja tuomioistuimen ratkaisuista ei välttämättä voi vetää suoria johtopäätöksiä siitä, miten verkostovaikutuksia arvioitaisiin alalle tulon tai laajentumisen esteinä määräävän markkina-aseman väärinkäyttövalvonnassa.

¹⁰² tuomio 11.12.2013, Cisco Systems, Inc. ja Messagenet SpA v. Euroopan komissio, asia T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635. k. 55.

¹⁰³ Ibid., k. 78 ja 84.

¹⁰⁴ Ibid., k. 79-80.

¹⁰⁵ Ibid., k. 81.

¹⁰⁶ Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217. k. 117 ja 135.

¹⁰⁷ Ibid., k. 118-119.

¹⁰⁸ Ibid., k. 129 ja 131-133.

¹⁰⁹ Graef 2016, s. 60. Ks. myös Oinonen 2016, s. 148.

Muut laajentumisen ja alalle tulon esteet

Komissio on arvioinut alalle tulon esteitä yleisten hakukoneiden markkinoilla vuoden 2017 Google-päätöksessään, joka koski määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.¹¹⁰ Päätöksen mukaan yleisten hakukoneiden kansallisilla markkinoilla on useita alalle tulon ja laajentumisen esteitä. Ensinnäkin toimivan yleisen hakukoneen luominen edellyttää huomattavia investointeja ajan ja resurssien kannalta. Hakukoneen on saatava tietty määrä hakukyselyitä ollakseen kilpailukykyinen, sillä se käyttää hakudataa parantaakseen hakutulosten osuvuutta.¹¹¹ Lisäksi positiiviset palautevaikutukset muodostavat alalle tulon esteen sekä hakupalvelun että mainonnan puolella alustaa. Positiiviset palautevaikutukset syntyvät sekä suorista että epäsuorista verkostovaikutuksista.¹¹² Siten tässäkin tapauksessa komissio katsoi verkostovaikutusten olevan alalle tulon este ainakin välillisesti palautevaikutusten kautta.

Microsoft/Yahoo! -päätöksessä komissio arvioi, että alalle tulon esteet ovat korkeita verkkomainonnan markkinoilla. Esteisiin lukeutuvat muun muassa laitteistot, verkkosivujen indeksoinnin kustannukset, inhimillinen pääoma, algoritmin kehittäminen ja päivittämisen kustannukset sekä patentit.¹¹³

Verkkoalusta voi tarvita tietyn määrän käyttäjätietoa toimiakseen asianmukaisesti. Edellä mainitussa Google-päätöksessä todettiin, että yleinen hakukone tarvitsee tietyn määrän käyttäjien tekemiä hakukyselyitä parantaakseen hakutulosten osuvuutta ja ollakseen siten kilpailukykyinen. Toisaalta uuden käyttäjätiedon hyödyllisyys hakutulosten relevanttiuden parantamisessa saattaa vähentyä sen jälkeen, kun hakukone on jo saavuttanut tietyn määrän tietoa.¹¹⁴ Komissio on arvioinut Microsoftin ja LinkedIn:n sulautumista koskevassa päätöksessään kyseisten yritysten tietokantojen yhdistämisen vaikutuksia. Komission arvion mukaan yhdistäminen voisi lisätä alalle tulon ja laajentumisen esteitä, sillä kilpailijat saattaisivat tarvita suuren joukon tietoa kyetäkseen kilpailemaan niin hakukonemainonnan kuin muun verkkomainonnan alalla. Komissio on tullut kyseisessä tapauksessa kuitenkin siihen lopputulokseen, että tietojen yhdistäminen ei lisää alalle tulon tai laajentumisen esteitä, sillä mainonnan kannalta arvokkaalle käyttäjätiedolle on ominaista ei-eksklusiivisuus ja ei-kilpailevuus.¹¹⁵

¹¹⁰ Googlen katsottiin syyllistyneen SEUT 102 artiklan vastaisesti määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön sijoittamalla ja näyttämällä oman hintavertailupalvelunsa kilpailijoiden vastaavia palveluita suotuisammin Googlen yleisissä hakutuloksissa. Komission päätös 27.6.2017, Google Search (Shopping), asia AT.39740

¹¹¹ Ibid., k. 285-289.

¹¹² Ibid., k. 292-296.

¹¹³ Komission päätös 18.2.2010, Microsoft/ Yahoo!, asia COMP/M.5727. k. 111.

¹¹⁴ Komission päätös 27.6.2017, Google Search (Shopping), asia AT.39740. k. 287-289.

¹¹⁵ Komission päätös 6.12.2016, Microsoft/LinkedIn, asia M.8124. k. 179-180.

2.3 Henkilötietojen rooli

Tiedolla on aina ollut keskeinen rooli markkinataloudessa. Tiedon avulla asiakkaat oppivat lisää tuotteista ja palveluista sekä niiden myyjistä. Yritykset puolestaan tekevät tiedon perusteella informoidumpia ratkaisuja toiminnan laajentamisesta ja markkinoille tulosta.¹¹⁶ Esimerkiksi vähittäiskaupparyitykset ovat käyttäneet pitkään kanta-asiakaskortteja ja -ohjelmia ymmärtääkseen paremmin asiakaskuntaansa, kohdentaakseen mainontaa ja ylipäättään edistääkseen liiketoimintaansa. Viime vuosina kuluttajia koskevien henkilötietojen määrä, moninaisuus ja kaupalliset sovellutukset ovat kuitenkin lisääntyneet nopeasti.¹¹⁷

Kehityksen taustalla on tiedon digitalisoituminen, tietokoneiden muistin edullisuus, tehokkaat prosessorit, älykkäät algoritmit ja ohjelmistot sekä tilastomatematiikka.¹¹⁸ Algoritmien avulla yritykset harjoittavat tiedonlouhintaa, datan vaihdantaa, verkkomarkkinointia, hahmontunnistusta, kysynnän ennustamista ja hintaoptimointia.¹¹⁹ Tieto käyttäjien tekemistä hakukyselyistä, selainhistoriasta, sosiaalisesta mediasta, kuvista, sähköposteista, sovelluksista ja kasvavassa määrin esineiden internetistä ruokkivat jatkuvasti algoritmeja ja tekoälyä.¹²⁰ Tässäkin tutkimuksessa puhutaan käyttäjätiedoista verkkoalustojen yhteydessä. Tarkoituksena on viitata laajasti alustaa käyttäviä kuluttajia koskeviin henkilötietoihin.

Kiihtyvällä käyttäjätietojen keräämisellä ja käsittelyllä voidaan katsoa olevan yleisesti ottaen sekä positiivisia että negatiivisia hyvinvointivaikutuksia. Käyttäjätietojen perusteella yritykset voivat ymmärtää entistä paremmin kuluttajien tarpeita ja mieltymyksiä, mikä voi johtaa innovaatioihin ja parempilaatuisiin tuotteisiin. Täsmällisemmin kohdennettu mainonta voi esimerkiksi pienentää yrityksille aiheutuvia kuluja. Toisaalta johtavien yritysten mahdollisuus hallita ja analysoida valtavia käyttäjätietomassoja voi edelleen vahvistaa niiden valta-asemaa.¹²¹

2.3.1 *Big data ja henkilötiedot*

Tiedon saatavuuden ja automaattiseen käsittelyyn voimakkaaseen kasvuun, valtaviin tietojoukkoihin ja niiden laajamittaiseen analysointiin esimerkiksi algoritmien avulla viitataan usein big

¹¹⁶ Ezrachi – Stucke 2015, s. 2.

¹¹⁷ Bania 2018, s. 38-39.

¹¹⁸ Cukier – Mayer-Schoenberger 2013, s. 29.

¹¹⁹ Ezrachi – Stucke 2015, s. 4-5.

¹²⁰ Batchelor – Janssens 2020, s. 217.

¹²¹ Monopolkommission 2015, k. S3 ja S10.

data -käsitteellä.¹²² Sen merkityssisältö ei kuitenkaan ole täysin selvä. Big datalle on esitetty erilaisia määritelmiä.¹²³ Määrittelyissä big dataan on tavallisesti liitetty kolme ominaispiirrettä (*”three V’s”*). Big datalla viitataan ensinnäkin suureen määrään (*volume*) tietoa. Lisäksi sille on ominaista kiihtyvä nopeus (*velocity*), jolla tietoa syntyy ja jolla sitä käsitellään ja analysoidaan. Kolmas tyypillinen piirre on tietomassojen ja -lähteiden moninaisuus (*variety*). Big dataan on liitetty muitakin ominaispiirteitä, joista yksi on arvo (*value*). Se viittaa tietojen käytöstä saatavaan lisääntyvään sosioekonomiseen arvoon.¹²⁴

Big datalla on useita sovellutuksia. Sen avulla pystytään tunnistamaan yleisiä trendejä ja riippuvuussuhteita. Esimerkiksi mainonnan alalla big dataa voidaan käyttää yksilöiden henkilökohtaisten mieltymysten ja käyttäytymisen analysointiin ja ennustamiseen ja siten edelleen mainonnan kohdentamiseen ja personointiin. Valtavat tietovarannot ja kehittyneet analyysityökalut voivat voimistaa taloudellista epätasapainoa suurten yritysten ja kuluttajien välillä erityisesti, jos yrityksellä on määräävä markkina-asema. Tällöin kuluttajan mahdollisuudet valita toinen palveluntarjoaja heikentyvät. WP29-työryhmän mukaan epätasapaino voi johtaa esimerkiksi erittäin tungetteleviin, häiritseviin personoituihin ja kohdennettuihin mainoksiin ja tarjouksiin.¹²⁵

Big data ei välttämättä ole henkilötietoa.¹²⁶ Yleisen tietosuojasetuksen 4 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan henkilötiedoilla tarkoitetaan kaikkia tunnistettuun tai tunnistettavissa olevaan luonnolliseen henkilöön eli rekisteröityyn liittyviä tietoja. Tunnistettavissa olevana pidetään luonnollista henkilöä, joka voidaan suoraan tai epäsuorasti tunnistaa erityisesti tunnistetietojen, kuten nimen, henkilötunnuksen, sijaintitiedon, verkkotunnistetietojen taikka yhden tai useamman hänelle tunnusomaisen fyysisen, fysiologisen, geneettisen, psyykkisen, taloudellisen, kulttuurillisen tai sosiaalisen tekijän perusteella. Henkilön tunnistettavuuden määrittämisessä otetaan huomioon kaikki keinot, joita joko rekisterinpitäjä itse tai muu taho voi kohtuullisen todennäköisesti käyttää mainitun luonnollisen henkilön tunnistamiseen suoraan tai välillisesti. ”Kohtuullista todennäköisyyttä” arvioitaessa on otettava huomioon kaikki objektiiviset tekijät kuten käytettävissä oleva teknologia. Tietosuojaperiaatteita ei sovelleta anonymisoituihin tietoihin eli tietoihin, jotka eivät liity tunnistettuun tai tunnistettavissa olevaan luonnolliseen

¹²² Tietosuojatyöryhmä WP29 2013, s. 45.

¹²³ Curry 2016, s. 30-31.

¹²⁴ OECD 2013, s. 324-325. Tarkemmin Stucke – Grunes 2016, s. 16-28.

¹²⁵ Tietosuojatyöryhmä WP29 2013, s. 45-46.

¹²⁶ Ks. Graef 2016, s. 131.

henkilöön, tai tietoihin, joiden tunnistettavuus on poistettu siten, että rekisteröidyn tunnistaminen ei ole enää mahdollista.¹²⁷

Verkkoalustat keräävät kuluttajakäyttäjistään tavallisesti monenlaisia henkilötietoja useista eri lähteistä. Käyttäjät voivat antaa henkilötietojaan alustan käyttöön esimerkiksi rekisteröitymisen yhteydessä. Lisäksi verkkoalustayritys kerää käyttäjän henkilötietoja myös havainnoimalla tämän toimintaa yrityksen omistamilla alustoilla. Henkilötietoja kertyy muun muassa käyttäjän alustalla jakamasta sisällöstä, kuten tilapäivityksistä ja kuvista, sekä vuorovaikutuksesta muiden käyttäjien ja sisällön kanssa kuten tykkäyksistä ja kommentteista. Verkkoalusta kerää käyttäjiä koskevia henkilötietoja, kuten sijaintitietoja, niistä laitteista, joilla käyttäjä käyttää verkkoalustaa. Verkkoalusta voi saada tietoja käyttäjästä myös kolmasien osapuolten sovelluksista ja verkkosivuilta ohjelmointirajapintojen ja liitännäisten kautta. Kerättyjen tietojen perusteella verkkoalusta voi tehdä päätelmiä tai ennustuksia esimerkiksi käyttäjän todennäköisistä kiinnostuksenkohteista.¹²⁸

2.3.2 *Henkilötiedot vastikkeena verkkoalustan käyttämisestä*

Jokainen kaksipuolisen tai monisuuntaisen verkkoalustan käyttäjäryhmistä voi olla alustalle tulonlähde.¹²⁹ Voisihan esimerkiksi Facebook periä kuluttajilta maksun palveluun rekisteröitymisestä. Kuten edellä on todettu, kuluttaja saa kuitenkin verkkoalustan käyttöönsä usein maksutta. Jokainen voi luoda veloitusetta itselleen Facebook- tai Instagram-käyttäjätilin sekä jakaa sisältöä ja pitää yhteyttä läheisiin alustan välityksellä. Sovelluskaupoista on ladattavissa paljon ilmaisia pelejä ja muita sovelluksia. Jokainen voi katsella videoita YouTubessa tai etsiä verkkosivuja Googlen hakukoneella veloitusetta. Ostaja ei maksa pääsystä Amazonin verkkokauppaan. Maksun sijaan kuluttajan on yleensä hyväksyttävä verkkoalustan asettamat käyttö- ja tietosuojaehdot, joiden perusteella hän sallii verkkoalustan keräävän ja käsittelevän häntä koskevia henkilötietoja ehdoissa määritellyssä laajuudessa. Henkilötiedot voidaan nähdä vastikkeena verkkoalustan käyttämisestä. Tietojen kerääminen voi olla tarpeellista, jotta käyttäjä voi käyttää verkkoalustaa mielekkäällä tavalla. Sen sijaan joissakin tapauksissa verkkoalustan

¹²⁷ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan k. 26. WP29-työryhmä on antanut yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 95/46/EY (jäljempänä henkilötietodirektiivi) voimassa olon aikana lausunnon henkilötiedon käsitteen tulokinnasta: Tietosuoja-työryhmä WP29 2007. Yleisen tietosuoja-asetuksen tultua sovellettavaksi ainakaan kavennuttanut, vaan jopa laajeni. Siten tietosuoja-työryhmän lausuntoa voidaan hyödyntää edelleen. Ks. Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2018, s. 49-50 ja 52.

¹²⁸ Euroopan tietosuojaneuvosto 2.9.2020, s. 12-13.

¹²⁹ Evans 2011, s. 7.

käyttäminen, kuten videoiden katselu videopalvelussa, ei sinänsä edellytä käyttäjän henkilötietojen keräämistä ja käsittelyä.¹³⁰

Käyttäjätiedon perusteella verkkoalusta voi personoida ja kohdentaa alustalla näytettävää mainontaa. Tämä voi hyödyttää kuluttajia, sillä tällöin he näkevät enemmän sellaisia mainoksia, jotka todennäköisesti kiinnostavat heitä. Lisäksi verkkoalusta voi kehittää tarjoamiaan palveluita käyttäjistä kerätyn tiedon pohjalta ja tarjota lopulta käyttäjille entistä arvokkaampia palveluita.¹³¹ Toisaalta henkilötietojen laaja-alainen kerääminen ja käyttäjien profilointi sekä henkilötietojen keskittyminen johtavien toimijoiden käsiin herättää kysymyksiä henkilötietojen suojan näkökulmasta.

Henkilötietojen rooli vastikkeena digitaalisista palveluista on tunnistettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä (EU) 2019/770, annettu 20 päivänä toukokuuta 2019, tietyistä digitaalisen sisällön ja digitaalisten palvelujen toimittamista koskeviin sopimuksiin liittyvistä seikoista. Direktiivin 3 artiklan 1 kohdan mukaan direktiiviä sovelletaan tietyn rajauksin myös silloin, kun elinkeinonharjoittaja toimittaa tai sitoutuu toimittamaan kuluttajalle digitaalista sisältöä tai digitaalisen palvelun ja kuluttaja luovuttaa tai sitoutuu luovuttamaan elinkeinonharjoittajalle henkilötietoja. On syytä huomata, että direktiivin sanamuodossa ei puhuta vastikkeesta tässä yhteydessä toisin kuin komission alkuperäisessä ehdotuksessa.¹³²

Henkilötiedoilla on siten kahtalainen rooli verkkoalustojen toiminnan yhteydessä. Alustan näkökulmasta tieto on tuotannon tekijä, jonka avulla verkkoalusta voi luoda käyttäjistä profiileja ja tarjota mainostajille parempia mainostyökaluja. Kuluttajakäyttäjän näkökulmasta henkilötietojen luovuttaminen voidaan nähdä hinnan kaltaisena vastikkeena alustan käyttämisestä.¹³³

2.3.3 Henkilötietojen suoja kilpailuparametrina

Yritysten välisen kilpailun täytyy perustua niiden tuottamien tuotteiden ja palveluiden ansioihin eli paremmuuteen kilpaileviin vaihtoehtoihin verrattuna. Ansioihin perustuvan kilpailun seurauksena yritystä tehottomammat kilpailijat voivat karsiutua markkinoilta, yritys voi vahvistaa

¹³⁰ Dimakopoulos – Sudaric 2018, s. 687.

¹³¹ Shapiro – Varian 1999, s. 7-8.

¹³² Euroopan komissio, Ehdotus EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI tietyistä digitaalisen sisällön toimittamista koskeviin sopimuksiin liittyvistä seikoista. COM/2015/0634 final – 2015/0287(COD) 9.12.2015, artikla 3 kohta 1. Ks. myös Botta – Wiedemann 2019, s. 467.

¹³³ Dimakopoulos – Sudaric 2018, s. 687.

markkina-asemaansa tai vahvistaa jo saavuttamaansa määräävää asemaansa. Yritys ei saa tavoitella näitä lopputuloksia muilla keinoilla kuin omilla ansioillaan.¹³⁴

Hyödykkeen hinta on keskeinen mutta vain yksi kilpailuparametri, joka vaikuttaa kuluttajien päätöksentekoon. Verkkoalustojen tapauksessa kuluttajat saavat palvelun käyttöönsä usein veloitusetta, jolloin innovaatioiden ja palvelun muiden ominaisuuksien kuin hinnan merkitys korostuu. Laatu ja innovatiiviset ominaisuudet ovat siten merkittävä kilpailutekijä verkkoalustojen välisessä kilpailussa.¹³⁵

Kuten edellä on käyty läpi, henkilötiedoilla on kaupallista arvoa verkkoalustoille. Tietosuojan tasosta on tullut lisääntyvissä määrin merkityksellinen kilpailuparametri digitaalisilla markkinoilla. Yritykset voivat nimittäin kilpailla sen suhteen, millaisen henkilötietojen suojan tason ne tarjoavat kuluttajille.¹³⁶ Esimerkiksi tietoturvan taso sekä tietojen käsittelyn laajuus, tarkoitukset ja läpinäkyvyys voivat olla tietosuojan tasoa määrittäviä tekijöitä.¹³⁷ Henkilötietojen suoja voidaan nähdä palvelun laadun ulottuvuutena. Verkkoalustan tarjoaman tietosuojan tason heikennys voi tällöin merkitä palvelun laadun heikennystä. Toisaalta myös personointia ja esimerkiksi hakutulosten relevanssia voidaan pitää palvelun laadun osatekijöinä. Käyttäjien seurannan lisääminen voi merkitä tietosuojan heikennystä, mutta samalla kertyvällä tiedolla palvelusta voidaan tehdä aiempaa personoidumpi käyttäjälle. Toisaalta kuluttajat arvottavat eri tavalla laadun eri osatekijöitä. Mieltyimysten subjektiivisuus ja heterogeenisuus tekevät laadun arvioimisesta hankalaa.¹³⁸

Facebook/Whatsapp -tapauksessa markkinatutkimuksessa selvisi esimerkiksi, että yksityisviestinnän palveluissa yksityisyys ja turvallisuus ovat tärkeä kehittämisalue ja innovoinnin ajuri.¹³⁹ Lisäksi komissio arvioi kyseisessä päätöksessään, että päästä päähän -salauksesta (*end-to-end encryption*) luopuminen voisi synnyttää tyytymättömyyttä kasvavassa yksityisyyttä arvostavassa käyttäjäryhmässä.¹⁴⁰ Jos Facebook ryhtyisi sulautumisen jälkeen keräämään Whatsapp-

¹³⁴ Mm. tuomio 3.7.1991, AKZO Chemie BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286. k. 70. Ja tuomio 14.10.2010, Deutsche Telekom AG v. Euroopan komissio, asia C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603. k. 177. Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20. k. 6.

¹³⁵ Ks. komission päätös 7.10.2011, Microsoft/ Skype, asia COMP/M.6281. k. 81, 83-84 ja 168. Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217. k. 87. Komission päätös 18.2.2010, Microsoft/ Yahoo!, asia COMP/M.5727. k. 109 ja 119.

¹³⁶ Ks. Ohlhausen – Okuliar 2015, s. 150-151.

¹³⁷ Costa-Cabral – Lynskey 2017, s. 30.

¹³⁸ Graef 2016, s. 302-304.

¹³⁹ Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217. k. 87.

¹⁴⁰ Ibid., k. 174.

käyttäjien henkilötietoja muun muassa yhdistämällä käyttäjän Whatsapp-profiilin tämän Facebook-profiiliin, päätöksen mukaan osa käyttäjistä saattaisi vaihtaa kilpaileviin, vähemmän tunnetteleviin palveluihin. Tästä huolimatta komissio totesi, että käyttäjätiedon kerääminen antaisi aiheutta huoleen kilpailun kannalta vain, jos tiedon keskittyminen Facebookille vahvistaisi yrityksen asemaa mainonnan markkinoilla.¹⁴¹ Siten komissio arvioi keskittymisen vaikutuksia vain mainonnan kilpailun kannalta eikä myös tietosuojakilpailun kannalta.¹⁴²

Kun tietosuoja nähdään merkityksellisenä kilpailuparametrina osana palvelun laatua, tietosuojanäkökohdat sisäistetään kilpailuoikeudelliseen analyysiin. Yritysten kilpailuvastaisesta menettelystä voidaan tällöin katsoa aiheutuvan haittaa henkilötietojen suojalle, mikä merkitsee tuotteen tai palvelun laadun heikennystä. Esimerkiksi palvelun keskeisten tietosuojaehtojen heikennykset voivat viitata kuluttajien hyväksikäyttöön.¹⁴³

Yritykset voivat kilpailla myös henkilötietojen hankkimisesta. Henkilötiedot ovat välttämätön tai ainakin edullinen tuotantopanoksen verkkopalveluiden tuottamisessa, ja sitä on kutsuttu digitaalisten liiketoimintamallien raaka-aineeksi.¹⁴⁴ Siten niiden rooli ei rajoitu vain mainontapalveluiden tuottamiseen.¹⁴⁵ Kilpailu henkilötiedoista voi perustua yrityksen tarjoamaan tietosuojan tasoon tai tuotteisiin ja palveluihin, joihin henkilötietojen käsittely liittyy.

¹⁴¹ Ibid., k. 185-187. Facebookin mukaan profiilien yhdistämiseen liittyisi merkittäviä teknisiä esteitä. Myöhemmin selvisi, että tämä ei pitänyt paikkansa, ja vuonna 2016 Whatsappin käyttöehtoja ja tietosuojakäytäntöä muutettiin siten, että ne mahdollistivat Whatsapp-käyttäjien puhelinnumeroiden yhdistämisen Facebookin käyttäjäprofiileihin. Tämän seurauksena komissio määräsi Facebookille 110 miljoonan euron sakon virheellisten tai harhaanjohtavien tietojen toimittamisesta komissiolle. Euroopan komissio (18.5.2017). Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover. Lehdistötiedote. Saatavilla: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fi/IP_17_1369. Haettu 1.5.2021.

¹⁴² Ks. Costa-Cabral – Lynskey 2017, s. 26.

¹⁴³ Ibid., s. 14.

¹⁴⁴ Monopolkomission 2015, s. 27 ja 36.

¹⁴⁵ Costa-Cabral – Lynskey 2017, s. 26.

3 MÄÄRÄÄVÄ MARKKINA-ASEMA SEKÄ KOHTUUTTOMIEN EHTOJEN MÄÄRÄÄMINEN DIGITAALISILLA ALUSTAMARKKINOILLA

3.1 SEUT 102 artikla: määrävän markkina-aseman väärinkäyttökielto

Euroopan unionista tehdyn sopimuksen (SEUT) 102 artiklan (aiemmin EY-sopimuksen 82 artikla) 1 kohdan mukaan sisämarkkinoille soveltumatonta ja kiellettyä on yhden tai useamman yrityksen määrävän aseman väärinkäyttö sisämarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

SEUT 102 artiklassa säädetty määrävän markkina-aseman väärinkäyttökielto koskee yrityksen yksipuolista markkinavoiman väärinkäyttöä. Määrävässä asemassa oleva yritys ei saa hyödyntää taloudellista voimaansa tavalla, joka vaarantaa kilpailun toimivuuden.¹⁴⁶ SEUT 102 artiklan sanamuodon perusteella väärinkäyttökiellon soveltamisella on viisi edellytystä:

- a) Kyseessä on yksi tai useampi yritys.
- b) Yrityksellä tai yrityksillä on määrävä markkina-asema.
- c) Määrävä markkina-asema on sisämarkkinoilla tai niiden merkittävällä osalla.
- d) Määrävää markkina-asemaa käytetään väärin.
- e) Menettelyllä on tai voi olla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.¹⁴⁷

SEUT 102 artiklan soveltamisessa painottuvat käytännössä määrävän markkina-aseman sekä väärinkäytön määrittäminen eli edellytykset b ja d. Ensin on näytettävä, että yrityksellä on tai useammalla yrityksellä on yhdessä määrävä markkina-asema. Se edellyttää merkityksellisten markkinoiden ja markkinavoiman määrittämistä. Toiseksi on näytettävä toteen, että yritys on tai yritykset ovat käyttäneet määrävää markkina-asemaansa väärin.¹⁴⁸ Tehtävä ei ole helppo, sillä SEUT 102 artiklan soveltamisedellytysten täyttyminen ei ole usein kiistatonta. Vaikeudet keskittyvät erityisesti juuri määrävän markkina-aseman ja väärinkäytön toteamiseen.¹⁴⁹

Tässä tutkimuksessa keskitytään erityisesti määrävässä asemassa olevan yrityksen menettelyn arviointiin (edellytys d). Lisäksi tarkastellaan määrävän markkina-aseman määrittämisen lähtökohtia digitaalisilla alustamarkkinoilla. Tässä ei käsitellä muita SEUT 102 artiklan

¹⁴⁶ Kuoppamäki 2018, s. 247.

¹⁴⁷ Jones – Sufrin – Dunne 2019, s. 280.

¹⁴⁸ Ks. Raitio –Tuominen 2020, s. 149.

¹⁴⁹ Jones – Sufrin – Dunne 2019, s. 280.

soveltamisedellytyksiä eli yrityksen käsitettä, usean yrityksen yhteiseen määräävään markkina-asemaan liittyviä kysymyksiä eikä sen arvioimista, onko määräävä asema sisämarkkinoilla tai vaikuttaako yrityksen menettely jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

3.2 Määräävä markkina-asema

Määräävän markkina-aseman väärinkäyttöepäilyissä on ensimmäiseksi selvitettävä, onko yrityksellä määräävä markkina-asema tietyillä merkityksellisillä markkinoilla. Vasta sen jälkeen voidaan arvioida sitä, onko yritys käyttänyt väärin tätä asemaansa. SEUT 102 artikla soveltuu vain määräävässä markkina-asemassa oleviin yrityksiin. Yritys ei voi syyllistyä SEUT 102 artiklan kiellon vastaisesti määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, jos se ei ole määräävässä asemassa.

Määräävän markkina-aseman kriteereitä ei ole määritelty SEUT 102 artiklassa. Sen sijaan käsitteen määrittely on jäänyt Euroopan unioni tuomioistuimen oikeuskäytännön varaan. Hoffman-La Roche -tapauksessa unionin tuomioistuin (EUT) on todennut, että määräävällä markkina-asemassa tarkoitetaan yrityksen taloudellista valta-asemaa, jonka perusteella se voi estää toimivan kilpailun relevanteilla markkinoilla, koska se voi toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin.¹⁵⁰

Se, että yrityksellä on määräävä markkina-asema tietyillä markkinoilla, ei merkitse sitä, että kyseisillä markkinoilla ei olisi enää kilpailua. Määräävässä asemassa olevalla yrityksellä on kuitenkin sellaista huomattavaa markkinavoimaa, jonka perusteella se voi toimia pitkälti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja kuluttajista riippumattomasti ja kilpailusta liiemmin välittämättä ilman, että tästä aiheutuisi yritykselle haittaa.¹⁵¹ Määräävän aseman seurauksena ostajien valinnanvapaus kaventuu ja neuvotteluvoima usein heikkenee. Merkittävän markkinavoiman avulla määräävässä asemassa oleva yritys voi asettaa sopimuskumppaneilleen ehtoja, jotka ovat

¹⁵⁰ tuomio 13.2.1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 85/76, ECLI:EU:C:1979:36. k. 38. Myös tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continental BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22. k. 65. Hoffman-La Roche -ratkaisussa annettu määritelmä on vahvistettu myöhemmissä EUT:n ratkaisuissa, ja se sisältyy myös komission tiedonantoon merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta: tuomio 2.4.2009, France Télécom SA v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C 202/07 P, ECLI:EU:C:2009:214, k. 103, ja tuomio 14.10.2010, Deutsche Telekom AG v. Euroopan komissio, asia C-280/08 P, ECLI:EU:C:2010:603, k. 170. Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti C 372 09.12.1997, s. 5-13. k. 10.

¹⁵¹ Ks. tuomio 13.2.1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 85/76, ECLI:EU:C:1979:36. k. 38-39.

yritykselle itselleen tavanomaista edullisempia.¹⁵² Määräävässä asemassa oleva verkkoalusta voi markkinavoimansa turvin esimerkiksi sivuuttaa kuluttajien toiveet paremmasta yksityisyyden ja henkilötietojen suojan tasosta siitä huolimatta, että se vastaisi kuluttajien toiveita.¹⁵³

Määräävän aseman toteaminen ei sellaisenaan ole kyseisen yrityksen kannalta syytös. Oikeuskäytännön mukaan se kuitenkin merkitsee sitä, että kyseisellä yrityksellä on erityinen velvollisuus olla toiminnallaan rajoittamatta toimivaa ja vääristymätöntä kilpailua yhteismarkkinoilla, riippumatta siitä, mihin tämä asema perustuu.¹⁵⁴ EUT on täsmentänyt tätä erityistä velvollisuutta Tetra Pak -ratkaisussaan vahvistamalla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksen siitä, että määräävässä asemassa olevalle yritykselle kuuluvan erityisen velvollisuuden aineellista soveltamisalaa on tarkasteltava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen erityiset olosuhteet, jotka osoittavat kilpailun heikentyneen.¹⁵⁵ Tällainen erityinen olosuhde voi olla oikeuskäytännön perusteella ainakin se, että yrityksellä on lähestulkoon monopoliasema.¹⁵⁶

EUT:n mukaan yrityksen markkinavoiman vahvuudella on kuitenkin lähtökohtaisesti merkitystä lähinnä yrityksen menettelyn vaikutusten ulottuvuuden kannalta eikä väärinkäytön olemassaololle sellaisenaan. SEUT 102 artikla ei sisällä mitään erottelua tai astevaihtelua määräävän aseman käsitteen osalta.¹⁵⁷ Jos yrityksellä on SEUT 102 artiklan tarkoittama määräävä markkina-asema, sen menettelyyn sovelletaan kyseistä määräystä eikä määräävän aseman vahvuudella ole lähtökohtaisesti merkitystä väärinkäytön olemassaolon kannalta.

Kiellettyä ei siis ole se, että yritys on määrävässä markkina-asemassa tai tavoittelee sitä. Päinvastoin – pyrkimys markkinajohtajuuteen ilmentää tervettä kilpailua.¹⁵⁸ Markkinat voivat keskittyä myös niiden luonnollisen kehityksen seurauksena.¹⁵⁹ Tämä on tyypillistä digitaalisille alustamarkkinoille kuten luvussa 2.2 on todettu. Ei ole myöskään kiellettyä, että määrävässä markkina-asemassa oleva pyrkii edelleen vahvistamaan asemaansa, kunhan yritys käyttää vain normaaliin laatukilpailuun kuuluvia keinoja. Kilpailukeinojen on siten perustuttava yrityksen

¹⁵² Kuoppamäki 2018, s. 251-252.

¹⁵³ Ks. Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (Bundesgerichtshof) päätös 23.6.2020, Bundeskartellamt v. Facebook, asia KVR 69/19, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0. Engl. Felmy 2020, k. 85-87.

¹⁵⁴ tuomio 9.11.1983, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin v. Euroopan yhteisöjen ko-missio, asia 322/81, ECLI:EU:C:1983:313. k. 57.

¹⁵⁵ tuomio 14.11.1996, Tetra Pak International SA v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436. k. 24.

¹⁵⁶ Ibid., k. 31. tuomio 17.9.2007, Microsoft Corp. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289. k. 775.

¹⁵⁷ tuomio 17.2.2011, Konkurrentenverket v. TeliaSonera Sverige AB, asia C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83. k. 80-81.

¹⁵⁸ Raitio – Tuominen 2020, s. 746.

¹⁵⁹ Kuoppamäki 2018, s. 249.

tarjoamien hyödykkeiden ansioihin eli paremmuuteen verrattuna kilpaileviin vaihtoehtoihin. Normaalia laatukilpailua on myös se, että tehokas yritys syrjäyttää tehottomamman kilpailijan markkinoilta esimerkiksi skaalaetuja hyödyntämällä. Sallittua ei sen sijaan ole se, että tehokkaampi yritys sulkeutuu markkinoiden ulkopuolelle tehottomamman yrityksen keinotekoisen menettelyn seurauksena.¹⁶⁰

SEUT 102 artiklan ja sen soveltamista koskevan oikeuskäytännön lisäksi määräävän markkina-aseman arvioinnissa voidaan nojautua komission SEUT 102 artiklan täytäntöönpanoa koskeviin ohjeisiin¹⁶¹. Komissio on antanut tiedonannon myös merkityksellisten markkinoiden määritelmästä¹⁶². Tulkinta-apua on saatavilla soveltuvien osin myös yrityskauppalvontaa koskevista päätöksistä ja suuntaviivoista¹⁶³.

Määräävän aseman arvioinnissa merkityksellisiä seikkoja ovat markkinoiden kilpailurakenne sekä erityisesti yritykseen kohdistuva kilpailupaine. Kilpailupainetta aiheuttavat hankinnat todellisilta kilpailijoilta ja näiden kilpailijoiden markkina-asema, todellisten kilpailijoiden toiminnan laajentumisen tai potentiaalisten kilpailijoiden alalle tulon perusteltu uhka sekä yrityksen asiakkaiden neuvotteluvoima.¹⁶⁴ Arviointi on tapauskohtaista kokonaisharkintaa, jossa on punnittava merkityksellisten seikkojen yhteisvaikutusta. Mikään huomioon otettava seikka ei välttämättä ole yksistään ratkaiseva¹⁶⁵, vaikkakin hyvin korkeita markkinaosuuksia on pidetty arvioinnissa erityisen merkityksellisenä seikkana (ks. jäljempänä luku 3.2.2).¹⁶⁶

¹⁶⁰ Ibid., s. 294 ja 297.

¹⁶¹ Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20.

¹⁶² Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti C 372 09.12.1997, s. 5-13.

¹⁶³ Komission tiedonanto – Suuntaviivat horisontaalisten sulautumien arvioinnista yrityskeskittymien valvonnasta annetun neuvoston asetuksen nojalla. Virallinen lehti C 31 5.2.2004, s. 5-18. On kuitenkin pidettävä mielessä, että yrityskauppalvonta ja kilpailunrajoitusvalvonta poikkeavat tietyiltä lähtökohdilta toisistaan (ks. luku 2.2.5).

¹⁶⁴ Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20. k. 12.

¹⁶⁵ tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22. k. 66.

¹⁶⁶ Ks. tuomio 12.12.1991, Hilti AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70. k. 90.

3.2.1 *Lähtökohtia merkityksellisten markkinoiden määrittelyyn digitaalisilla alustamarkkinoilla*

Määräävän markkina-aseman selvittämisen ensivaihe on merkityksellisten markkinoiden määrittely.¹⁶⁷ Merkitykselliset markkinat määritellään yhdistämällä hyödykemarkkinat ja maantieteelliset markkinat. Merkityksillä markkinoilla on siten hyödykeulottuvuus ja maantieteellinen ulottuvuus.¹⁶⁸ Määrittelyssä on kolme osakysymystä: kysynnän korvattavuus, tarjonnan korvattavuus ja mahdollinen kilpailu. Näistä kysynnän korvattavuus on keskeisin. Komission tiedonannon mukaan mahdollista kilpailua eli alalle tuloon liittyviä seikkoja selvitetään tarpeen mukaan vasta kysynnän ja tarjonnan korvattavuuden arvioinnin jälkeen.¹⁶⁹

Merkitykselliset hyödykemarkkinat

Kilpailun mahdollisuuksia voidaan arvioida ainoastaan tiettyjen tuotteiden sellaisten ominaisuuksien perusteella, joiden johdosta tuotteet soveltuvat erityisesti tyydyttämään muuttumattomia tarpeita ja ovat vähäisessä määrin vaihdettavissa muihin tuotteisiin. Siksi merkityksellisten hyödykemarkkinoiden rajaaminen on tärkeää.¹⁷⁰

Merkityksellisten hyödykemarkkinoiden määrittelyssä pyritään siis tunnistamaan, mitkä tuotteet tai palvelut ovat kuluttajien näkökulmasta keskenään korvattavissa niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoitusten perusteella. Toisensa korvaavat hyödykkeet kuuluvat samoille relevanteille hyödykemarkkinoille.¹⁷¹ Korvaavat hyödykkeet synnyttävät kilpailupainetta niiden toimittajille eli ne kilpailevat keskenään. Jos yritys esimerkiksi korottaa palvelun X hintaa pysyvästi, osa asiakkaista voisi siirtyä käyttämään toisen yrityksen tarjoamaa korvaavaa ja edullisempaa palvelua Y, jolloin hinnankorotus voisi muodostua yritykselle kannattamattomaksi.¹⁷²

Komissio arvioi tuotekohtaista kysynnän korvattavuutta SNIPP-testin (*small but significant and non-transitory increase in price*) avulla, kun se arvioi tuotekohtaista kysynnän

¹⁶⁷ Ks. Raitio – Tuominen 2020, s. 748-749.

¹⁶⁸ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti C 372 09.12.1997, s. 5-13. k. 9.

¹⁶⁹ Ibid., k. 13-24. Ks. Raitio – Tuominen 2020, s. 750-751.

¹⁷⁰ tuomio 21.2.1973, Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 6/72, ECLI:EU:C:1973:22. k. 32.

¹⁷¹ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti C 372 09.12.1997, s. 5-13. k. 7.

¹⁷² Ks. Kuoppamäki 2018, s. 267.

korvattavuutta osana merkityksellisten markkinoiden määrittelyä. Jos pienen 5–10 prosentin, mutta pysyvän hinnankorotuksen seurauksena merkittävä osa tuotteen ostajista vaihtaisi kalliiseen tuotteen korvaavaan tuotteeseen, tuotteet kuuluvat testin mukaan samoille markkinoille.¹⁷³

EUT on kiinnittänyt kysynnän korvattavuuden lisäksi huomiota tarjonnan korvattavuuteen Continental Can -ratkaisussaan. EUT on todennut, että liha- ja kalasäilykkeille tarkoitettujen kevyiden metallipakkausten määräävä markkina-asema ei voi olla ratkaiseva niin kauan kuin ei voida osoittaa, että kevyiden metallipakkausten markkinoiden muilla aloilla toimivat kilpailijat eivät voisi yksinkertaisella mukauttamisella tulla näille markkinoille riittävän voimakkaasti, jotta ne muodostaisivat vakavasti otettavan vastapainon.¹⁷⁴

Merkitykselliset maantieteelliset markkinat

Merkityksellisten markkinoiden käsitettä on täsmennetty EUT:n oikeuskäytännössä. SEUT 102 artiklan kannalta kilpailumahdollisuuksia on tarkasteltava sellaisen määrätyn maantieteellisen alueen suhteen, jolla tuotetta pidetään kaupan ja jossa kilpailuedellytykset ovat riittävän homogeeniset, jotta asianomaisen yrityksen taloudellista valtaa voitaisiin arvioida.¹⁷⁵ SEUT 102 artiklan soveltaminen edellyttää, että yhteismarkkinoista rajataan selkeällä tavalla se merkittävä osa, jolla yritys voi mahdollisesti turvautua tehokasta kilpailua estäviin väärinkäytöksiin ja jonka alueella tuotteen objektiivisten kilpailuedellytysten on oltava samankaltaisia kaikille taloudellisille toimijoille.¹⁷⁶

Merkitykselliset maantieteelliset markkinat muodostuvat siten alueesta, jolla asianomaiset yritykset ovat sitoutuneet tarjoamaan kyseisiä tavaroita tai palveluja ja jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhtenäiset ja joka voidaan erottaa vierekkäisistä maantieteellisistä alueista erityisesti kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden perusteella.¹⁷⁷

¹⁷³ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti C 372 09.12.1997, s. 5-13. k. 13 ja 15-19.

¹⁷⁴ tuomio 21.2.1973, Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 6/72, ECLI:EU:C:1973:22. k. 33.

¹⁷⁵ tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22. k. 11. SEUT 102 artikla vastaa EY:n perustamissopimuksen 86 artiklaa.

¹⁷⁶ Ibid., k. 44.

¹⁷⁷ Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta. Virallinen lehti C 372 09.12.1997, s. 5-13. k. 8.

Verkkoalustojen kaksipuolisuus tai monisuuntaisuus on otettava huomioon merkityksellisten markkinoiden määrittelyssä. Keskeinen kysymys on se, käsittävätkö merkitykselliset markkinat verkkoalustan kokonaisuudessaan kaikkine puolineen vai määritelläänkö merkitykselliset markkinat alustan jokaiselle puolelle erikseen. Määrittelyssä on otettava huomioon alustan puolten väliset positiiviset verkostovaikutukset, sillä kysyntä yhdellä puolella markkinoita vaikuttaa kysyntään myös toisella puolella markkinoita.¹⁷⁸ Analyysissä ei saa sivuuttaa tiettyä markkinoiden puolta silloinkaan, kun hyödyke tarjotaan veloituskykyiselle puolelle, kuten digitaalisilla alustamarkkinoilla tyypillisesti tehdään.¹⁷⁹

Kirjallisuudessa on esitetty, että verkkoalustan tyyppi määrittää sen, miten markkinoiden kaksipuolisuus on otettava huomioon merkityksellisten markkinoiden määrittelyssä. Tässä yhteydessä on erotettu toisistaan transaktioalustat ja alustat, joilla osapuolten välillä ei tapahdu transaktiota. Jos alustan osapuolten välillä ei tapahdu transaktiota, olisi määriteltävä kaksi toisiinsa liittyvää markkinaa. Jos taas alustan eri käyttäjäryhmien välillä tapahtuu transaktioita, olisi määriteltävä yksi merkityksellinen markkina.¹⁸⁰ Toiseksi jaoksi on ehdotettu alustojen erottelua yhteen liittäviin alustoihin ja huomioalustoihin. Yhteen liittävien alustojen osalta olisi arvioitava tapauskohtaisesti, onko merkityksellisiä markkinoita yksi vai useampia. Huomioalustojen tapauksessa alustan eri puolia olisi sen sijaan aina arvioitava erikseen.¹⁸¹ Näitä erotteluita on kuitenkin kritisoitu siitä, että ne eivät sovellu käytäntöön. Alustalla voi olla useita käyttäjäryhmiä ja näiden ryhmien vuorovaikutussuhteet ovat erilaisia. Joidenkin osapuolten välillä voi esimerkiksi tapahtua transaktioita, kun taas joidenkin välillä ei.¹⁸²

Myös verkkoalustojen merkityksellisten hyödykemarkkinoiden määrittelyssä on tarkasteltava kysynnän ja tarjonnan korvattavuutta. Korvaavuusarviointi perustuu alustan toiminnallisuuksiin eli siihen, mitkä alustapalvelut tarjoavat samat toiminnallisuudet. Arviointiin liittyy kuitenkin haasteita. On esimerkiksi epäselvää, miten korvaavuutta pitäisi arvioida verkkoalustojen ja offline-vaihtoehtojen välisessä kilpailussa. Verkkoalustat tarjoavat myös keskenään erilaisia toiminnallisuuksia käyttäjille eli ne ovat yleisesti ottaen hyvin erilaistettuja eli differoituja.¹⁸³ Jos merkityksellisten hyödykemarkkinoiden määrittelyssä ei oteta huomioon, että

¹⁷⁸ Filistrucchi – Geradin – van Damme – Affeldt 2014, s. 295.

¹⁷⁹ Ibid., s. 316-318 ja 321, ja Bundeskartellamt 2016, s. 36.

¹⁸⁰ Filistrucchi – Geradin – van Damme – Affeldt 2014, s. 300-302.

¹⁸¹ Bundeskartellamt 2016, s. 28-30.

¹⁸² Mandrescu 2017, s. 411.

¹⁸³ Ibid., s. 411.

palvelut voivat olla epätäydellisiä substituutteja keskenään, osa yrityksen kilpailijoista voi jäädä määritellyn markkinan ulkopuolelle.¹⁸⁴ Toiminnallisuuksiin keskittyvä arviointi ei ota huomioon myöskään uusien innovaatioiden luomaa kilpailupainetta, joka on merkittävä digitaalisilla alustamarkkinoilla. Jos merkitykselliset markkinat on määritelty perusteettoman kaapeiksi ja sen myötä yrityksen markkinaosuus näyttäytyy hyvin korkeana, lopputuloksena saattaa olla virheellinen johtopäätös siitä, että yrityksellä on määräävä markkina-asema.¹⁸⁵

SNIPP-testi on suunniteltu yksipuolisia markkinoita varten eikä se sovellu sellaisenaan markkinoiden määrittelyn apuvälineeksi kaksipuolisilla tai monisuuntaisilla digitaalisilla alustamarkkinoilla. Positiivisten verkostovaikutusten vuoksi käyttäjien vähentyminen yhdellä puolella markkinoita johtaisi todennäköisesti käyttäjämäärän pienenemiseen myös toisella puolella markkinoita, vaikka hinta tällä puolella markkinoita ei muuttuisi. Käyttäjämäärän pienenemisestä yhdellä puolella markkinoita voi siten seurata menetyksiä myös toisella puolella markkinoita.¹⁸⁶ Jos esimerkiksi verkossa toimiva kauppapaikka korottaisi myyjiltä veloittavaa hintaa ja sen seurauksena osa myyjistä poistuisi alustalta, myös osa ostajista saattaisi jättää alustan. Alusta ei olisi heille enää yhtä hyödyllinen kuin aiemmin, koska kaupanteon todennäköisyys pienenisi myyjien kaikutessa. SNIPP-testin soveltamista koskevassa keskustelussa on ollut esillä myös se, miten hintaan keskittyvää testin sovelletaan nollahintaisiin markkinoihin.¹⁸⁷

SNIPP-testin rinnalle kehitetyn niin kutsutun SSNDQ-testin (*small but significant non-transitory decreases in quality*) avulla voidaan arvioida verkkoalustapalveluiden pienten mutta pysyvien laadullisten ominaisuuksien heikennysten vaikutuksia. Esimerkiksi käyttö- ja tietosuojaehtojen heikennyksessä kuluttajan näkökulmasta voi olla kyse tällaisesta laadun heikennyksestä.¹⁸⁸

Verkkoalustojen tapauksessa relevantit maantieteelliset markkinat voivat kattaa koko unionin alueen. Monet johtavat verkkoalustayritykset, kuten Google, Apple, Facebook ja Amazon, ovat globaaleja teknologiajättejä. Esimerkiksi Facebook/Whatsapp-päätöksessä komissio määritteli yksityisviestinnän ja sosiaalisen verkostoitumisen palveluiden relevantit maantieteelliset markkinat vähintään koko ETA:n laajuisiksi, ellei maailmanlaajuisiksi.¹⁸⁹ Toisaalta verkkomainonnan ja sen mahdollisten segmenttien osalta komission näkemys on ollut, että relevantit maantieteelliset markkinat on määriteltävä laajuudeltaan kansallisiksi tai kielellisten rajojen mukaan

¹⁸⁴ Jones – Sufrin 2016, s. 323-333.

¹⁸⁵ Ahlborn – Evans – Padilla 2001, s. 161-162.

¹⁸⁶ Filistrucchi – Geradin – van Damme – Affeldt 2014, s. 295 ja 330-331.

¹⁸⁷ Mandrescu 2017, s. 412.

¹⁸⁸ Björkroth – Mylly – Vuorinen, Jarkko 2018, s. 319-320.

¹⁸⁹ Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217, k. 44 ja 68.

ETA:n sisällä.¹⁹⁰

3.2.2 *Lähtökohtia markkinavoiman määrittämiseen digitaalisilla alustamarkkinoilla*

Merkityksellisten markkinoiden määrittelyn jälkeen tutkitaan, onko yrityksellä määräävä markkina-asema kyseisillä markkinoilla. Huomattavan korkeilla markkinaosuuksilla on ollut keskeinen sija määräävän markkina-aseman arvioinnissa, sillä niitä on käytetty indisiona määräävästä asemasta. Markkinaosuuksien merkitys voi vaihdella markkinoittain, mutta EUT on todennut Hoffman-La Roche -tapauksessa, että siitä huolimatta voidaan kuitenkin perustellusti katsoa, että erittäin suuria markkinaosuuksia voidaan perustellusti pitää itsessään – poikkeustapauksia lukuun ottamatta – todisteena määräävästä markkina-asemasta.¹⁹¹ Yrityksellä, jolla on tietyn ajanjakson aikana erittäin suuri markkinaosuus, on sen tuotannon ja tarjonnan määrän perusteella voimakas asema. Sen vuoksi siitä tulee välttämätön sopimuskumppani, mikä varmistaa sen, että se voi ainakin varsin pitkän ajan toimia määräävälle markkina-asemalle ominaisella tavalla riippumattomasti ilman, että huomattavasti pienempien markkinaosuuksien yritykset voisivat nopeasti tyydyttää sellaisilta asiakkailta tulevan kysynnän, jotka eivät halua hankkia tuotteitaan suurimman markkinaosuuden yritykseltä.¹⁹² EUT:n oikeuskäytännössä 50 prosentin markkinaosuutta on pidetty itsessään todisteena määräävästä markkina-asemasta.¹⁹³ 70-80 prosentin markkinaosuus on katsottu itsessään selväksi osoitukseksi määräävästä markkina-asemasta.¹⁹⁴

Digitaalisilla alustamarkkinoilla markkinaosuudet voivat nousta hyvin suuriksi, sillä kilpailua käydään tyypillisesti markkinoista eikä niinkään markkinoilla.¹⁹⁵ Esimerkiksi yleisten hakukoneiden markkinoilla Googlen markkinaosuus oli vuonna 2016 yli 90 prosenttia lähes kaikissa

¹⁹⁰ Komission päätös 11.3.2008, Google/ DoubleClick, asia COMP/M.4731, k. 84. Komission päätös 18.2.2010, Microsoft/ Yahoo!, asia COMP/M.5727, k. 93. Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217, k. 83.

¹⁹¹ tuomio 13.2.1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 85/76, ECLI:EU:C:1979:36. k. 41.

¹⁹² Mm. Ibid., k. 41. tuomio 29.3.2012, Telefónica, SA ja Telefónica de España, SA v. Euroopan komissio, asia T 336/07, ECLI:EU:T:2012:172. k. 149.

¹⁹³ tuomio 3.7.1991, AKZO Chemie BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286. k. 60. Ja tuomio 25.6.2010, Imperial Chemical Industries Ltd v. Euroopan komissio, asia T-66/01, ECLI:EU:T:2010:255. k. 256. Myös tuomio 29.3.2012, Telefónica, SA ja Telefónica de España, SA v. Euroopan komissio, asia T 336/07, ECLI:EU:T:2012:172. k. 150.

¹⁹⁴ tuomio 12.12.1991, Hilti AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70. k. 92. Ja tuomio 30.9.2003, Atlantic Container Line AB ym. v. Euroopan yhteisöjen komissio, yhdistetyt asiat T-191/98, T-212/98 - T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245.k. 907.

¹⁹⁵ OECD 2012, s. 5-6.

ETA-maissa.¹⁹⁶ Markkinaosuus on siten itsessään selvä osoitus Googlen määräävästä markkina-asemasta oikeuskäytännön perusteella.

Erittäinkin suuret markkinaosuudet voivat kuitenkin osoittautua katoavaisiksi digitaalitalouden uusilla dynaamisesti kilpailuilla toimialoilla, jotka kehittyvät ja laajenevat jatkuvasti ja joilla innovaatiokyklit ovat lyhyitä. Siten myös toimijaan, jolla on suuri markkinaosuus, voi kohdistua merkittävää kilpailupainetta. Markkinaosuusanalyysi ei staattisena tarkastelutapana ota huomioon potentiaalista kilpailua.¹⁹⁷ EUT onkin tunnistanut, että tällaisessa dynaamisessa kontekstissa suuret markkinaosuudet eivät väistämättä osoita markkinavoimaa.¹⁹⁸ Komission mukaan pelkkä olemassa olevan markkinatilanteen tarkastelu ei riitä yritykseen kohdistuvan kilpailupaineen arvioimiseksi. Kilpailun dynaamisuus on huomioitava arvioimalla (potentiaalisten) kilpailijoiden laajentumisen ja alalle tulon uhkaa ja vaikutuksia.¹⁹⁹

Se, että kyse on voimakkaasti kasvavista markkinoista, ei kuitenkaan estä SEUT 102 artiklan soveltamista. Unionin ensimmäisen oikeusasteen tapauksessa *France Télécom* antaman ratkaisun mukaan kilpailusääntöjä ja muun muassa EY 82 artiklaa (nykyisin SEUT 102 artiklaa) sovelletaan myös voimakkaassa kasvuvaiheessa oleviin markkinoihin.²⁰⁰ Google Search (Shopping) -päätöksessä komissio on todennut, että nopeasti kasvavilla aloilla, joilla innovaatiokyklit ovat lyhyitä, suuret markkinaosuudet voivat osoittautua lyhytaikaisiksi eivätkä ne välttämättä ole indikaatio määräävästä markkina-asemasta. Komission mukaan tämä ei kuitenkaan sulje pois SEUT 102 artiklan soveltamista etenkin, kun markkinoilla ei ollut merkkejä epävarmuudesta tarkastellulla ajanjaksolla, vaan sen sijaan melko pysyvä hierarkia.²⁰¹

Myös muut tekijät kuin korkeat markkinaosuudet voivat olla merkityksellisiä määräävän markkina-aseman arvioinnissa. Määrävä markkina-asema voi johtua useista tekijöistä eivätkä nämä tekijät ole yksinään välttämättä ratkaisevia.²⁰² Muut merkitykselliset tekijät riippuvat kunkin yksittäistapauksen olosuhteista ja ne voivat joko puoltaa johtopäätöstä määräävän markkina-

¹⁹⁶ Komission päätös 27.6.2017, *Google Search (Shopping)*, asia AT.39740. k. 279-280.

¹⁹⁷ Ahlborn – Evans – Padilla 2001, s. 162. Jones – Sufrin 2016, s. 323-333.

¹⁹⁸ tuomio 11.12.2013, *Cisco Systems, Inc. ja Messagenet SpA v. Euroopan komissio*, asia T-79/12, ECLI:EU:T:2013:635. k. 69.

¹⁹⁹ Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20. k. 16.

²⁰⁰ määräys 30.1.2007, *France Télécom SA v. Euroopan yhteisöjen komissio*, asia T-340/03, ECLI:EU:T:2007:22. k. 107.

²⁰¹ Komission päätös 27.6.2017, *Google Search (Shopping)*, asia AT.39740. k. 267. Ks. *ibid.* k. 108.

²⁰² tuomio 13.2.1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Euroopan yhteisöjen komissio*, asia 85/76, ECLI:EU:C:1979:36. k. 39.

aseman olemassaolosta tai olla sitä vastaan. Esimerkiksi AKZO Chemie -tapauksessa EUT on katsonut, että yrityksen erittäin kehittynyt markkinointiorganisaatio sekä erikoisasiantuntemus vahvistavat yrityksen määräävän aseman.²⁰³ Toisaalta alaiset pääsyn esteet voivat kumota oletuksen yrityksen määräävästä markkina-asemasta.²⁰⁴ Esimerkiksi Google Search (Shopping) -tapauksessa komissio on tutkinut myös muun muassa alalle tulon esteitä ja multi-homing -ilmiötä, vaikka Googlessa oli ollut hyvin korkea markkinaosuus.²⁰⁵

Markkinoiden rakenteellista tarkastelua voidaan täydentää myös markkinakäyttäytymisen ja tulosten tarkastelulla. Tietty yrityksen toiminta saattaa viitata määräävään markkina-asemaan, jos yritys ei voisi toimia samalla tavoin ilman määräävää asemaa.²⁰⁶ Verkkoalustan jatkuva kuluttajakäyttäjien henkilötietojen suoja väheksyvä ja loukkaava toiminta voi olla joissakin tapauksissa osoitus yrityksen määräävästä asemasta, jos tietosuojaa on kilpailun avainparametri.²⁰⁷ Tarkasteluun liittyy tosin kehäpäätelmän riski, jos arvioinnin ensimmäisessä vaiheessa yrityksen käyttäytymistä pidetään näyttönä määräävän markkina-aseman olemassaolosta, ja arvioinnin myöhemmässä vaiheessa samaa toimintaa pidetään määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä.²⁰⁸

Markkinatuloksetkaan eivät ole ongelmaton mittakeppi määräävän aseman arvioinnille. Suuret voitot eivät riitä näyttämään määräävää asemaa toteen, sillä niiden taustalla on voinut vaikuttaa lukuisia tekijöitä. Toisaalta määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen tulos voi olla tilapäisesti heikko tai jopa tappiollinen esimerkiksi saalistushinnoittelun tapauksessa.²⁰⁹ Ei ole tavatonta, että uusi verkkoalusta ei tuota aluksi voittoa tai sen toiminta on tappiollista, kuten aiemmin on todettu.

²⁰³ Ks. tuomio 3.7.1991, AKZO Chemie BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286. k. 61.

²⁰⁴ Kuoppamäki 2018, s. 257.

²⁰⁵ Komission päätös 27.6.2017, Google Search (Shopping), asia AT.39740. k. 285-315.

²⁰⁶ Kuoppamäki 2018, s. 256.

²⁰⁷ Graef 2016, s. 344-345.

²⁰⁸ Kuoppamäki 2018, s. 256.

²⁰⁹ Ibid., s. 256-257.

3.3 Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö

3.3.1 Väärinkäytön määritelmä yleisesti

SEUT 102 artiklan 2 kohdassa on luettelo siitä, millainen menettely voi olla artiklan 1 kohdassa tarkoitettua määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Kohdan mukaan tällaista väärinkäyttöä voi olla erityisesti:

- a) kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen;
- b) tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi;
- c) erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasemaan asettavalla tavalla;
- d) sen asettaminen sopimuksen syntymisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppataivan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen.

Erityisesti-sana osoittaa, että luettelo ei ole tyhjentävä. Siten muukin kuin artiklassa nimenomaisesti mainittu menettely voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä.²¹⁰ SEUT 102 artiklassa ei siis määritellä tyhjentävästi väärinkäytön käsitettä.

Kaksi keskeisintä SEUT 102 artiklan käsittämää väärinkäyttötilannetta ovat hyväksikäyttötilanteet (*exploitative abuse*) sekä markkinoilta poissulkevat menettelyt (*exclusionary abuse*).²¹¹ Toisin kuin poissulkevissa menettelyissä²¹², kohtuuttomassa hinnoittelusta tai muiden kohtuuttomien kauppaehtojen määräämisessä suoraan tai epäsuorasti on kyse yrityksen asiakkaisiin ja/tai toimittajiin kohdistuvasta hyväksikäytöstä.²¹³ Tietty menettely voi kuitenkin kuulua samanaikaisesti esimerkiksi sekä poissulkevien menettelyiden kategoriaan että hyväksikäyttömenettelyiden kategoriaan.²¹⁴

²¹⁰ Ks. myös tuomio 21.2.1973, Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 6/72, ECLI:EU:C:1973:22. k. 26.

²¹¹ Lisäksi voidaan tunnistaa ainakin SEUT 102 artiklan 2 kohdan c alakohdan mukainen syrjintä sekä kansallisten markkinoiden eristämiseen tähtäävät käytännöt (tuomio 16.9.2008, Sot. Lélos kai Sia EE ym. v. GlaxoSmithKline AVEE Farmakeftikon Proïonton, yhdistetyt asiat C-468/06-C-478/06, ECLI:EU:C:2008:504. k. 65-66.). Jones – Sufrin 2016, s. 351.

²¹² Poissulkevat menettelyt kohdistuvat yrityksen kilpailijoihin, ja ne tähtäävät kilpailijoiden sulkemiseen markkinoilta tai kilpailijoiden toiminnan vaikeuttamiseen. Kuoppamäki 2018, s. 247-248.

²¹³ Volmar – Helmdach 2018, s. 201.

²¹⁴ Jones – Sufrin 2016, s. 351.

Myös väärinkäytön käsitettä on täsmennetty oikeuskäytännössä. EUT on määritellyt väärinkäytön käsitteen objektiiviseksi käsitteeksi, joka tarkoittaa määräävässä asemassa olevan yrityksen käyttäytymistä, joka on omiaan vaikuttamaan sellaisten markkinoiden rakenteeseen, joilla juuri kyseessä olevan yrityksen olemassaolon vuoksi kilpailuaste on jo heikentynyt, ja joka estää markkinoilla vielä olemassa olevan kilpailuasteen säilymisen ja tämän kilpailun kehittymisen sen vuoksi, että tämän yritys käyttää muita kuin niitä keinoja, joita taloudellisten toimijoiden liiketoimiin perustuvassa tuotteiden tai palvelujen tavallisessa kilpailussa käytetään.²¹⁵ Keskeistä määritelmässä on käyttäytymisen vaikutus kilpailuun sekä muiden kuin tavallisten kilpailukeinojen käyttäminen.

Väärinkäytön käsitteen objektiivisuus merkitsee ensinnäkin sitä, että määräävän markkina-aseman ei edellytetä olevan syy-yhteydessä sen väärinkäyttöön. Määräävässä asemassa oleva yritys voi siis syyllistyä SEUT 102 artiklassa tarkoitettuun väärinkäyttöön ilman, että se on käyttänyt markkinavoimaansa.²¹⁶ Toiseksi määräävässä asemassa oleva yritys voi syyllistyä väärinkäyttöön tuottamuksesta riippumatta.²¹⁷ Yrityksen menettely voi siis olla määräävään markkina-aseman väärinkäyttöä riippumatta siitä, onko yrityksen tarkoitus ollut väärinkäyttää asemaansa. Yrityksen kilpailunvastaista tarkoitusta voidaan tosin pitää yhtenä väärinkäytön olemassaolon puolesta puhuvana seikkana, vaikka se ei olekaan väärinkäytön olemassaolon edellytys.²¹⁸

3.3.2 Kohtuuttomien ehtojen määrittäminen

SEUT 102 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaan kohtuuttomien osto- tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrittäminen on yksi tapa, jolla määräävässä asemassa oleva yritys voi väärinkäyttää määräävää markkina-asemaansa. Artiklassa ei ole määritelty kohtuuttomuuden kriteereitä eli sitä, mitä hintojen tai muiden ehtojen kohtuuttomuudella tarkoitetaan. Kohtuuttomuuden käsite on jätetty oikeuskäytännössä tulkittavaksi.

²¹⁵ tuomio 13.2.1979, Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 85/76, ECLI:EU:C:1979:36.k. 91.

²¹⁶ tuomio 21.2.1973, Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 6/72, ECLI:EU:C:1973:22. k. 26-27. Jones – Sufrin 2016, s. 357.

²¹⁷ tuomio 1.4.1993, BPB Industries Plc ja British Gypsum Ltd v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-65/89, ECLI:EU:T:1993:31. k. 70.

²¹⁸ tuomio 9.9.2009, Clearstream Banking AG ja Clearstream International SA v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-301/04, ECLI:EU:T:2009:317. k. 142.

Hinnoittelun kohtuuttomuutta on arvioitu eri perustein kuin kauppaehtojen kohtuuttomuutta. Hintaa voidaan arvioidaan suhteessa palvelun taloudelliseen arvoon. Hinta voi olla kohtuuton, jos se on liiallinen tarjotun palvelun taloudelliseen arvoon nähden.²¹⁹ Oikeuskäytännön mukaan tässä tarkoitettua liiallisuutta voidaan arvioida kustannus-hinta -analyysin avulla eli vertaamalla kyseisen tuotteen myyntihintaa sen tuotantokustannuksiin, minkä perusteella selviää voittomarginaalin suuruus ja se, onko tosiasiallisten kustannusten ja tosiasiallisesti pyydetyn hinnan välillä kohtuuton epäsuhta. Jos näin on, täytyy tutkia, onko hinta asetettu kohtuuttomaksi joko absoluuttisella tasolla tai suhteessa kilpaileviin tuotteisiin.²²⁰ Oikeuskäytännön perusteella ei kuitenkaan ole selvää, minkä suuruinen voittomarginaali olisi hyväksyttävä määräävässä markkina-asemassa olevalle yritykselle eli mihin korkean ja kohtuuttoman hinnan välinen raja tulisi vetää.²²¹

EUT on arvioinut hinnoittelun kohtuuttomuutta myös vertaamalla sitä muissa jäsenvaltioissa perittyihin maksuihin. Jos määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen määräämä hinta on huomattavasti korkeampi kuin muissa jäsenvaltioissa perityt maksut, tätä eroa on pidettävä viitteenä määräävän aseman väärinkäytöstä. Tällöin määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen on perusteltava ero osoittamalla, että olosuhteet kyseisessä jäsenvaltiossa ja muissa jäsenvaltioissa poikkeavat objektiivisesti tarkasteltuna toisistaan.²²² Ei ole olemassa vähimmäiskynnystä, josta lähtien hinta olisi luokiteltava huomattavasti korkeammaksi, koska kunkin tapauksen erityiset olosuhteet ovat tämän kannalta ratkaisevia. Maksujen välinen ero voidaan luokitella huomattavaksi, jos se tosiasiassa huomioiden on merkittävä ja pysyvä muun muassa asianomaisilla markkinoilla. Eron on oltava suhteellisen suuri eikä se saa olla vain tilapäinen tai ajoittainen.²²³

Määräävässä asemassa oleva verkkoalusta voi pyytää käyttäjältä ylenpalttisen määrän henkilötietoja vastikkeeksi alustan käyttämisestä. Menettelyä voidaan tarkastella kohtuuttoman hinnoittelun näkökulmasta. Tähän mennessä kilpailuviranomaiset eivät ole määränneet seurauksia

²¹⁹ Mm. tuomio 13.11.1975, General Motors Continental NV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 26-75, ECLI:EU:C:1975:150. k. 12. Myös tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22. k. 250.

²²⁰ tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22. k. 251-252.

²²¹ Ks. Gal 2004, s. 369

²²² tuomio 13.7.1989, François Lucazeau ym. v. Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) ym., yhdistetyt asiat 110/88, 241/88 ja 242/88, ECLI:EU:C:1989:326. k. 25. Vastaavasti tuomio 13.7.1989, Tournier, asia 395/87, ECLI:EU:C:1989:319. k. 38.

²²³ tuomio 14.9.2017, Autortiesību un komunikāšanās konsultāciju aģentūra – Latvijas Autoru apvienība (AKKA/LAA, Latvian tekijänoikeuksien ja lähioikeuksien yhteisvalvontajärjestö) v. Konkurences padome (Latvian kilpailuneuvosto), asia C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689. k. 55-56.

kohtuuttomasta hinnoittelusta datamarkkinoilla. Jäljempänä luvussa 3.4.2 käsiteltävä Saksan kilpailuviranomaisen Facebook-päätös ei koske niinkään kohtuutonta hinnoittelua, vaan kohtuuttomia ehtoja digitaalisilla alustamarkkinoilla.²²⁴ Myös tässä tutkimuksessa keskitytään muiden kohtuuttomien kauppaehtojen määrittämiseen.

Unionin tuomioistuimet ja komissio ovat arvioineet kauppaehtojen kohtuuttomuutta muutamissa tapauksessa. Kohtuuttomuutta on arvioitu eri kriteerein. BRT-II -tapauksessa EUT on tutkinut, oliko määräävässä markkina-asemassa ollut tekijänoikeusjärjestö määrännyt sääntöjen tai jäsentensä kanssa tekemiensä sopimusten nojalla suoraan tai välillisesti jäsenilleen tai kolmansille osapuolille kohtuuttomia ehtoja järjestön hallinnoitavaksi ja valvottavaksi annettujen teosten hyödyntämiselle.²²⁵ Järjestö oli vaatinut kaikkien tekijänoikeuksien kokonaisvaltaista luovuttamista erottelematta niissä tiettyjä luokkia. Järjestö oli myös määrännyt, että tekijän on luovutettava nykyiset ja tulevat oikeutensa ja että oikeuksien käyttö pysyy järjestöllä vielä viisi vuotta jäsenen eroamisen jälkeen. Tuomioistuimen mukaan kyse voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä, jos määräävässä asemassa oleva tekijänoikeusjärjestö määrää jäsenilleen sitoumuksia, jotka eivät ole välttämättömiä järjestön toimialaan liittyvän tarkoituksen toteuttamiseksi ja jotka näin ollen kohtuuttomalla tavalla rajoittavat jäsenen vapautta käyttää tekijänoikeuksiaan.²²⁶ Komissio on soveltanut BRT II-ratkaisua arvioidessaan tekijänoikeuksien yhteishallinnointijärjestön sääntöjen kohtuuttomuutta koskeneessa GEMA II -päätöksessään. Arvioitaessa tekijänoikeuksien yhteishallinnointijärjestön sääntöjä unionin kilpailusääntöjen valossa ratkaiseva seikka on se, ovatko säännöt välttämättömiä oikeuksien tehokkaalle suojaamiselle ja rajoittavatko ne tarpeettomasti yksittäisen tekijänoikeuksien haltijan vapautta määrätä tämän teoksesta.²²⁷ Ratkaisuiden mukaan ehtojen kohtuuttomuutta voidaan siten arvioida sen perusteella, ovatko ne välttämättömiä ja rajoittavatko ne kohtuuttomalla tavalla vastapuolen vapauksia. On tosin epävarmaa, soveltuuko tämä arviointi muihin asiayhteyksiin kuin tekijänoikeuksien yhteishallinnointiin.

Alsatel-tapauksessa oli kyse puhelinlaitteiden vuokrausta ja ylläpitoa koskevista sopimusehdoista. Yrityksen ja asiakkaan välinen sopimus oli tehty aluksi 15 vuodeksi. Sopimus uusittaisiin uudelle 15-vuotiselle sopimuskaudelle, jos alkuperäistä vuokraa korotetaan vähintään 25% asennukseen tehtävän yhden tai useamman muutoksen seurauksena. Yritys määräsi

²²⁴ Botta – Wiedemann 2019, s. 466-467.

²²⁵ tuomio 27 (21) päivänä maaliskuuta 1974, Belgische Radio en Televisie ja société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. SV SABAM ja NV Fonior, asia 127-73, ECLI:EU:C:1974:25. k. 7.

²²⁶ Ibid., k. 15.

²²⁷ Komission päätös 4.12.1981, The Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA), asia IV/29.971. k. 36.

yksipuolisesti hinnan sopimuksen täydennyksille, jotka aiheutuivat asennuksen muutoksista. EUT:n ratkaisun mukaan hintojen yksipuolinen määrittäminen ja sopimuksen uusimisessa automaattisesti uudelle 15-vuotiselle kaudelle voi olla kyse kohtuuttomista kauppaehtoista.²²⁸

Tetra Pak II -tapauksessa komissio on todennut, että myytävien Tetra Pakin laitteiden rakennetta koskevat ehdot olisivat voineet olla tuotantoa ja teknistä kehitystä rajoittava vaikutus kulluttajien haitaksi. Lisäksi ne perustivat asiakkaille lisävelvoitteita, joilla ei ollut yhteyttä sopimuksen tarkoitukseen, ja jotka poistavat ostajalta tämän omistusoikeuksien tietyt aspektit.²²⁹

Tapauksessa DSD komissio taas on katsonut, että kohtuuttomista kauppaehtoista on kyse, kun määräävässä asemassa oleva yritys ei noudata suhteellisuuden periaatetta.²³⁰ Komissio on viitannut EUT:n United Brands -ratkaisuun, jonka mukaan määräävässä asemassa olevan yrityksen on toteutettava sen kaupallisten intressien suojaamiseen tähtäävät vastatoimet oikeassa suhteessa asetettuun uhkaan ja asianomaisten yritysten taloudellinen valta huomioon ottaen.²³¹

Michelin II -tapauksessa komissio on liittänyt kauppaehtojen kohtuuttomuuteen ehtojen aiheuttaman epävarmuuden ja kauppakumppaneiden heikon neuvotteluaseman.²³² Michelinin palautusjärjestelmä pakotti jälleenmyyjät muun muassa myymään renkaita tappiolla odottaessaan Michelinin maksavan palautukset eikä niillä ollut varmuutta renkaiden lopullisesta ostohinnasta. Komissio on todennut, että on vaikea kuvitella, että jälleenmyyjät olisivat suostuneet oma-aloitteisesti harjoittamaan liiketoimintaa yhtä riskialttiissa tilanteessa, jos rengastoimittajien välinen kilpailu olisi ollut vääristymätöntä.²³³ Unionin ensimmäisen asteen tuomioistuin on muistuttanut, että määräävässä asemassa olevan yrityksen jälleenmyyjälle antaman alennuksen on perustuttava objektiivisiin taloudellisiin perusteisiin. Alennuksen myöntäminen ei saa riippua määräävässä asemassa olevan yrityksen subjektiivisesta arvioinnista. Muutoin yritys kykenee kohdistamaan jälleenmyyjään voimakasta painetta ja käyttämään palkkiojärjestelmää syrjivästi. Siten alennusjärjestelmä on epäoikeudenmukainen, jos se antaa määrävässä asemalla olevalle yritykselle huomattavaa harkintavaltaa sen suhteen, saako jälleenmyyjä

²²⁸ tuomio 5.10.1988, Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique (Alsatel) v. SA Novasam, asia 247/86, ECLI:EU:C:1988:469. k. 3-4 ja 10.

²²⁹ Komission päätös 24.7.1991, Tetra Pak International SA, asia IV/31043. k. 107.

²³⁰ Komission päätös 20.4.2001, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG (DSD), asia COMP D3/34493. k. 112.

²³¹ tuomio 14.2.1978, United Brands Company ja United Brands Continentaal BV v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 27/76, ECLI:EU:C:1978:22. k. 189-190.

²³² Komission päätös 20.6.2001, Manufacture Française de Pneumatiques Michelin, asia COMP/E-2/36.041/PO. k. 220.

²³³ Ibid., k. 222.

alennusta. Palkkion saamiseen oikeuttavien edellytysten subjektiivinen arviointi aiheutti jälleenmyyjille epävarmuutta eivätkä he voineet ennakoida tarkasti palkkiona saatavan alennuksen suuruutta.²³⁴

Oikeuskäytännön perusteella kauppaehdot voivat olla SEUT 102 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettulla tavalla kohtuuttomia, jos ne eivät ole välttämättömiä sopimuksen tarkoituksen kannalta eli ne ovat perusteettomasti sopimuksen tarkoitukseen liittymättömiä. Ehdot voivat olla kohtuuttomia, jos ne rajoittavat tarpeettomasti osapuolten vapautta. Ehtojen kohtuuttomuutta voidaan arvioida myös sen perusteella, noudattavatko ne suhteellisuusperiaatetta. Kohtuuttomuuden arvioinnissa voi olla merkitystä myös sillä, ovatko ehdot määräväässä markkina-asemassa olevan yrityksen yksipuolisesti määräämiä vai onko ne neuvoteltu yrityksen ja asiakkaan kesken. Lisäksi kauppakumppanin heikko neuvotteluasema, ehtojen aiheuttama epävarmuus ja niiden läpinäkymättömyys voivat olla merkityksellisiä seikkoja kohtuuttomuuden arvioinnissa.²³⁵

Kauppaehtojen kohtuuttomuuden kriteereitä ei ole määritelty tyhjentävästi SEUT 102 artiklassa eikä oikeuskäytännössäkään ole vakiintunut tiettyä kohtuuttomuuden kriteeristöä. Sen sijaan edellä mainitut tapaukset osoittavat, että komission ja EUT:n tulkinnassa ehtojen kohtuuttomuuteen on liitetty useita eri määritteitä. Käsitteen epämääräisyydestä seuraa, että SEUT 102 artiklan 2 kohdan a alakohta voi soveltua monenlaisiin ehtoihin ja monenlaisiin asiayhteyksiin. Kohtuuttomuuden käsitettä on tulkinnassa on nähtävissä yhtäläisyyksiä siihen, miten kohtuuttomuutta tulkitaan muilla oikeudenaloilla kuten sopimusoikeudessa.²³⁶

3.4 Kilpailuoikeuden ulkopuolisen sääntelyn rooli kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa

3.4.1 Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisut ja komission päätökset

Määräväässä markkina-asemassa olevan yrityksen menettely voi olla muiden kuin kilpailuoikeudellisten oikeussääntöjen vastaista. Voiko muiden alojen kuin kilpailuoikeuden alan sääntöjen ja erityisesti tietosuojasääntöjen noudattamatta jättäminen olla merkityksellinen seikka määrävään markkina-aseman väärinkäyttöarvioinnissa? Seuraavaksi tarkastellaan, miten EUT

²³⁴ tuomio 30.9.2003, Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250. k. 140-141.

²³⁵ Ks. myös Colangelo – Maggolino 2018, s. 21 (luku 3.2). Botta – Wiedemann 2019, s. 471. Akman 2012, s. 156.

²³⁶ Akman 2012, s. 157.

on suhtautunut kilpailuoikeudellisen normiston ulkopuolisten oikeusnormien rikkomuksiin kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. Lisäksi tarkastellaan lähemmin sitä, miten unionin tuomioistuimien on käsitellyt tietosuojanäkökohtia kilpailutapausten yhteydessä.

Komissio on todennut AstraZeneca -tapauksessa, että lääkekonserni oli syylistynyt määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön esittämällä harhaanjohtavia tietoja eri jäsenvaltioiden patenttivanomaisille. Komission näkemyksen mukaan tietojen esittäminen oli osa strategiaa, jonka päämääränä oli pitää potentiaaliset kilpailijat markkinoiden ulkopuolella.²³⁷ Unionin tuomioistuimet ovat olleet tapauksessa yhtä mieltä siitä, että ansioihin perustuvaan kilpailuun ei kuulu sellainen jatkuva ja suoraviivainen menettelytapa, jolle on tunnusomaista erittäin harhaanjohtavien tietojen antaminen patenttivarastoille sekä ilmeinen läpinäkymättömyys ja jolla yritys pyrkii tarkoituksellisesti johtamaan patenttivarastoja ja lainkäyttöviranomaisia harhaan säilyttääkseen mahdollisimman pitkän ajan monopoliasemansa markkinoilla.²³⁸ Tuomioistuinten mukaan tietojen antaminen tarkoituksena saada sääntöjenvastaisesti yksinoikeuksia merkitsee väärinkäyttöä, jos näytetään, että nämä tiedot voivat todella saada viranomaiset myöntämään haetun yksinoikeuden.²³⁹ Väärinkäytöstä voi olla kyse vain, jos markkinoihin on kohdistunut vaikutuksia. Oikeuskäytännön mukaan vaikutuksen ei kuitenkaan tarvitse olla välttämättä konkreettinen, vaan mahdollisen kilpailua rajoittavan vaikutuksen olemassaolon osoittaminen riittää.²⁴⁰ Kyseisessä tapauksessa AstraZeneca oli onnistunut saamaan harhaanjohtavien tietojen perusteella lisäsuojatodistuksia, joihin sillä ei ollut oikeutta tai joihin sillä oli oikeus vain lyhyemmäksi aikaa.²⁴¹

Tapauksessa oli kyse lääkelainsäädännön alaan kuuluvista yksinoikeuksista. Ratkaisun perusteella yrityksen menettely voi olla määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, kun se pyrkii hankkimaan sääntöjen vastaisesti yksinoikeuksia esittämällä jatkuvasti ja suoraviivaisesti harhaanjohtavia tietoja viranomaisille. Edellytyksenä on, että harhaanjohtavien tietojen antaminen voi todella johtaa yksinoikeuden myöntämiseen ja markkinoihin kohdistuu ainakin potentiaalisia kilpailua rajoittavia vaikutuksia. Ratkaisun perusteella kilpailuoikeuden alan ulkopuolisten oikeussääntöjen vastainen menettely voisi siis merkitä määräävän markkina-aseman käyttöä tietyin edellytyksin.

²³⁷ tuomio, 6.12.2012, AstraZeneca AB ja AstraZeneca plc v. Euroopan komissio, asia C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770. k. 17-18.

²³⁸ Ibid., k. 93.

²³⁹ Ibid., k. 106.

²⁴⁰ Ibid., k. 112.

²⁴¹ Ibid., k. 106.

Allianz Hungária on toinen tässä yhteydessä kiinnostava tapaus. Asiassa ei tosin ollut kyse SEUT 102 artiklan, vaan SEUT 101 artiklan soveltamisesta. Kyse oli unkarilaisten vakuutusyhtiöiden ja autokorjaamoiden välisistä sopimuksista. Sopimusten mukaan mukaan vakuutusyhtiön autokorjaamoille maksama hinta sen vakuuttamien ajoneuvojen korjauksesta riippuu muun muassa siitä, kuinka monta vakuutussopimusta autokorjaamo on tehnyt vakuutusyhtiön puolesta vakuutuksenvälittäjänä.²⁴² EUT:n mukaan kyseessä voi olla tarkoitukseen perustuva kilpailunrajoitus, jos kansallisessa lainsäädännössä vakuutuksenvälittäjinä toimiville autokorjaamoille annettu rooli edellyttää niiden itsenäisyyttä vakuutusyhtiöihin nähden. Unkarin hallituksen mukaan kyseiset autokorjaamot eivät toimi vakuutusyhtiön vaan vakuutuksenottajan nimissä ja niiden tehtävänä on ehdottaa vakuutuksenottajalle eri vakuutusyhtiöiden tarjoamasta valikoimasta tälle parhaiten soveltuvaa vakuutusta. EUT:n mukaan kansallisen tuomioistuimen oli selvitettävä, ovatko sopimukset näissä olosuhteissa ja kyseisten vakuutuksenottajien odotusten perusteella omiaan häiritsemään merkitsevällä tavalla autovakuutusten markkinoiden asianmukaista toimintaa.²⁴³ Ratkaisun mukaan kilpailuoikeuden ulkopuolisen kansallisen sääntelyn vastainen menettely voi siis merkitä unionin kilpailuoikeudellisten sääntöjen rikkomusta.

AstraZeneca- ja Allianz Hungária -tapauksissa unionin tuomioistuin on katsonut ratkaisuisaan, että muun kuin kilpailuoikeudellisen oikeusnormiston vastainen menettely voi merkitä myös unionin kilpailuoikeudellisten sääntöjen vastaista menettelyä. Siten ratkaisut näyttävät avaavan kilpailuoikeudellista arviointia muiden alojen sääntelyn vaikutuksille. Ratkaisut voivat olla peruste ottaa tietosuojasääntöjen rikkominen huomioon, kun arvioidaan, onko verkkoalusta määrännyt käyttäjilleen kohtuuttomia tietosuojaehtoja ja siten väärinkäyttänyt määräävää asemaansa.²⁴⁴

Unionin tuomioistuin sekä komissio ovat kuitenkin suhtautuneet toistaiseksi torjuvasti tietosuojanäkökohtien huomioimiseen kilpailuasioden yhteydessä. Asnef-Equifax -tapaus koski järjestelmää, jota käyttämällä rahoitusyhtiöt vaihtavat keskenään tietoja asiakkaiden maksukyvystä.²⁴⁵ Tapauksessa on kyse kartellikiellon ja siihen liittyvien poikkeuksen soveltamisesta.²⁴⁶ EUT on ottanut kyseisessä ratkaisussaan kantaa henkilötietojen rooliin asiassa. Tuomioistuin on todennut nimenomaisesti, että henkilötietojen arkaluonteisuuteen liittyvät potentiaaliset

²⁴² tuomio 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító Zrt. ym. v. Gazdasági Versenyhivatal (kilpailuvirasto), asia C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160. k. 31.

²⁴³ Ibid., k. 46-47.

²⁴⁴ Allianz Hungária -tapauksen osalta: Autorité de la concurrence ja Bundeskartellamt 2016, s. 23-24.

²⁴⁵ tuomio, 23.11.2006, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL v. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), asia C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734. k. 2.

²⁴⁶ Ibid., k. 11 ja 26.

ongelmat eivät sellaisinaan kuulu kilpailuoikeuden soveltamisalaan ja että ne voidaan siksi ratkaista tällaisten tietojen suojaa koskevien merkityksellisten säännösten nojalla.²⁴⁷

Komissio on noudattanut samaa linjaa verkkoalustayrityksiä koskevissa yrityskauppavalvontapäätöksissään. Tapauksissa on noussut esiin käyttäjätiedon keskittymisen vaikutukset, sillä käyttäjätiedolla on keskeinen rooli erityisesti verkkomainonnassa. Näissä yhteyksissä komissio on kuitenkin lähinnä viitannut unionin ja jäsenvaltioiden tietosuojasääntelyn soveltuvan yrityskeskittymän osapuoliin ja pitänyt siten kilpailu- ja tietosuojakäsitteet erillään.

Google/DoubleClick -päätöksessä komissio on todennut, että kyseinen päätös koskee ainoastaan keskittymän arviointia unionin kilpailusääntöjen perusteella. Päätöksessä on viitattu kuitenkin perusoikeuksien ja erityisesti Euroopan unionin perusoikeuskirjassa tunnustettujen periaatteiden kunnioittamiseen EY:n sulautuma-asetuksen johdanto-osan 36 kohdan mukaisesti. Komissio on todennut, että päätöksellä ei ole vaikutusta osapuolten tietosuojavelvoitteisiin ja että keskittymän on kunnioitettava liiketoiminnassaan käyttäjiensä yksityisyyttä ja henkilötietojen käsittelyn suojaa sekä muita perusoikeuksia.²⁴⁸

Komissio on noudattanut erottavaa linjaa myös Facebook/WhatsApp -päätöksessään. Komissio on ilmoittanut, että päätöstä varten se analysoi mahdollista datan keskittymistä vain siinä määrin kuin se todennäköisesti vahvistaa Facebookin asemaa verkkomainonnan markkinoilla. Komission mukaan yksityisyyteen liittyvät huolenaiheet, jotka johtuvat datan voimistuvasta keskittymisestä Facebookin käsiin transaktion seurauksena, eivät kuulu unionin kilpailuoikeuden soveltamisalaan, vaan unionin tietosuojasääntelyn soveltamisalaan.²⁴⁹ Komissio on tutkinut muun muassa Facebookin mahdollisuutta hyödyntää Whatsappia potentiaalisena käyttäjätietojen lähteenä parantaakseen Facebookin mainostoiminnan kohdennettavuutta Whatsappin ulkopuolella.²⁵⁰ Komission mukaan markkinoilla on transaktion jälkeenkin riittävästi vaihtoehtoisia verkkomainontapalveluiden tarjoajia. Näiden toimijoiden saatavilla olisi edelleen suuri määrä käyttäjätietoa, joka ei ole yksinomaan Facebookin hallinnassa, riippumatta siitä, ryhtyykö Facebook keräämään Whatsappin käyttäjien henkilötietoja mainontatarkoituksiin.²⁵¹

²⁴⁷ Ibid., k. 63.

²⁴⁸ Komission päätös 11.3.2008, Google/ DoubleClick, asia COMP/M.4731. k. 368.

²⁴⁹ Komission päätös 3.10.2014, Facebook/WhatsApp, asia COMP/M.7217. k. 164.

²⁵⁰ Ibid., k. 167.

²⁵¹ Ibid., k. 188-189.

Komissio on ottanut kantaa käyttäjätiedon keskittymiseen myös Microsoft/LinkedIn -päätöksessä. Komission johtopäätösten mukaan käyttäjätiedon mahdollinen keskittyminen transaktion seurauksena ei aiheuta kilpailuongelmia. Komissio on todennut soveltuvan tietosuojasääntelyn rajoittavan sitä, miten osapuolet voivat käsitellä käyttäjien henkilötietoja.²⁵²

Unionin tietosuojasääntelyn ja kilpailuoikeuden suhde ja erityisesti tietosuoja- ja kilpailukohtien rooli näyttäytyy jossain määrin epävarmalta. Toisaalta sekä EUT että komissio ovat ratkaisukäytännöissään selkeästi todenneet, että mahdolliset tietosuojaongelmat eivät kuulu unionin kilpailuoikeuden soveltamisalaan. Toisaalta AstraZeneca- ja Allianz Hungária -ratkaisut näyttävät avaavan kilpailuoikeudellisen arvioinnin muiden oikeudenalojen sääntelyn vaikutukselle.

Seuraavassa alaluvussa tarkastellaan Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen 6.2.2019 antamaa Facebook-päätöstä, joka edustaa erilaista suhtautumistapaa EUT:een ja komissioon verrattuna. Ranskan ja Saksan kansalliset kilpailuviranomaiset ovat muutoinkin todenneet, että tietosuojasääntely voi olla käyttökelpoinen ja hyödyllinen vertailukohta, kun arvioidaan kauppahetojen kohtuuttomuutta erityisesti tarjottaessa tuotteita tai palveluja kuluttajille.²⁵³ Myös Euroopan tietosuojavaaltuutettu on tunnistanut, että vuorovaikutuksen puute unionin kilpailu-, kuluttajansuoja- ja tietosuojaolitiikan kehittämisessä on saattanut vähentää sekä kilpailusääntöjen täytäntöönpanon tehokkuutta että yritysten pyrkimyksiä kehittää palveluja, jotka parantavat yksityisyyden suojaa ja minimoivat kuluttajalle aiheutuvan haitan mahdollisuudet. Tietosuojavaaltuutettu on kannattanut viranomaisten välistä yhteistyötä sääntöjen täytäntöönpanossa.²⁵⁴

3.4.2 Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen Facebook-päätös

Saksan kansallinen kilpailuviranomainen, Bundeskartellamt, aloitti vuonna 2016 Facebookia koskeneen määräävän markkina-aseman väärinkäyttötutkinnan. Bundeskartellamt antoi asiassa päätöksensä²⁵⁵ lopulta helmikuussa 2019. Päätöksen mukaan Facebook²⁵⁶ on käyttänyt väärin määräävää markkina-asemaansa sosiaalisten verkostojen markkinoilla Saksassa yhdistämällä Facebook.com -palvelun ulkopuolelta kerättyjä yksityisiä käyttäjiä koskevia tietoja Facebook.com:n käytön yhteydessä kerättyihin tietoihin ilman käyttäjän pätevää suostumusta.

²⁵² päätös 6.12.2016, Microsoft/LinkedIn, asia M.8124. k. 176-178.

²⁵³ Autorité de la concurrence ja Bundeskartellamt 2016, s. 25.

²⁵⁴ Euroopan tietosuojavaaltuutettu 2014), k. 85-85, s. 37.

²⁵⁵ Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen (Bundeskartellamt) päätös 6.2.2019, Facebook Inc. ym., B6-22/16.

²⁵⁶ ”Facebook” käsittää tässä emoyhtiö Facebook Inc.:n (kotipaikkanaan Menlo Park, Yhdysvallat) sekä Facebook Inc.:n tytäryhtiöt Facebook Ireland Ltd. (kotipaikkanaan Dublin, Irlanti) ja Facebook Germany GmbH (kotipaikkanaan Hampuri, Saksa). Ibid., perusteluosan k. 1.

Kilpailuviranomainen on nojannut päätöksessään olennaisesti siihen, että Facebook on menettänyt henkilötietojen käsittelyssä EU:n yleisen tietosuoja-asetuksen vastaisesti.²⁵⁷

Facebook tytäryhtiöineen (jäljempänä Facebook-ryhmä) kehittää ja ylläpitää erilaisia sovelluksia.²⁵⁸ Näihin lukeutuu Facebook.com -palvelu²⁵⁹, joka puolestaan käsittää useita muita tuotteita ja palveluita. Palvelun ytimessä on pääasiassa yksityisille käyttäjille suunnattu sosiaalinen verkosto, joka rahoitetaan mainostajille tarjottavilla kohdennetun verkkomainonnan palveluilla.²⁶⁰ Lisäksi palvelu sisältää ohjelmistotuotteita ja ohjelmointirajapintoja (muun muassa Facebook Business Tools), joita tarjotaan kolmansille osapuolille niiden tarjoamien palveluiden kehittämistä varten.²⁶¹ Facebook-ryhmän sovelluksia ovat myös kuvien ja videoiden jakamiseen Instagram²⁶², viestintäpalvelu Whatsapp²⁶³, kuvien muokkaamiseen ja jakamiseen tarkoitettu Masquerade-sovellus²⁶⁴ sekä virtuaalitodellisuustuotteita ja niihin liittyviä alustapalveluita tuottavaa Oculus²⁶⁵.

Facebook.com:n käyttöönotto edellyttää, että käyttäjä hyväksyy palvelun käyttöehdot. Käyttäjän henkilötietojen keräämisen ja käyttämisen osalta ehdoissa viitataan pääasiassa erilliseen tietojen- ja evästekäytäntöihin.²⁶⁶ Tietokäytäntö (*data policy*) soveltuu lähtökohtaisesti kaikkiin Facebook-ryhmän tuotteisiin ja siinä määritellään, mitä tietoja Facebook kerää käyttäjästä ja miten se käsittelee ja luovuttaa näitä tietoja.²⁶⁷ Tietosuojakäytännön mukaan Facebook.com voi kerätä tietoja käyttäjän toiminnasta Facebook.com:n ulkopuolelta muista Facebook-ryhmän palveluista²⁶⁸ sekä kolmansilta osapuolilta Facebook Business Tools -toimintojen avulla riippumatta siitä, onko käyttäjällä Facebook-käyttäjätiliä tai onko hän kirjautuneena Facebookiin.²⁶⁹ Tietoja käytetään tuotteiden ja palveluiden tarjoamiseen, personointiin ja parantamiseen.²⁷⁰ Keskeisimmät käsittelyn oikeuttavat perusteet ovat sopimuksen täytäntöönpano, käyttäjän suostumus sekä oikeutettujen etujen toteuttaminen.²⁷¹

²⁵⁷ Ibid., k. 522-523.

²⁵⁸ Ibid., perusteluosan k.1.

²⁵⁹ Ibid., k. 3.

²⁶⁰ Ibid., k. 37.

²⁶¹ Ibid., k. 14.

²⁶² Ibid., k. 4.

²⁶³ Ibid., k. 5.

²⁶⁴ Ibid., k. 8.

²⁶⁵ Ibid., k. 9.

²⁶⁶ Ibid., k. 88-90 ja 94.

²⁶⁷ Ibid., k. 97-98.

²⁶⁸ Ibid., k. 101.

²⁶⁹ Ibid., k. 100.

²⁷⁰ Ibid., k. 103-104. Ks. myös k. 106.

²⁷¹ Ibid., k. 108-109.

Facebook.com toimii välittäjänä monisuuntaisilla markkinoilla.²⁷² Päätöksen mukaan Facebookilla on määräävä markkina-asema yksityisille käyttäjille tarkoitettujen sosiaalisten verkostojen kansallisilla markkinoilla Saksassa.²⁷³ Facebookin markkina-osuudet ovat olleet korkeita, ja kilpailuviranomainen on pitänyt niitä osoituksena yrityksen markkinavoimasta.²⁷⁴ Määräävän aseman olemassaolon ja markkinavoiman arvioinnissa on otettu huomioon lisäksi verkostovai-
kutukset, lock in -vaikutus ja multi-homing -ilmiön puuttuminen, skaalaedut, yrityksen ylivoi-
maisen pääsy kilpailun kannalta merkitykselliseen dataan sekä innovaatioiden synnyttämän kil-
pailupaineen rajallisuus.²⁷⁵

On syytä huomata, että päätöksessä on ollut kyse ainoastaan Facebook.com:n ulkopuolelta ke-
rätystä tiedoista – ei Facebook.com:n käytön yhteydessä kerätystä tiedoista. Määräävän mark-
kina-aseman väärinkäyttötutkinta on koskenut siis ainoastaan ehtoja, joiden perusteella Face-
book.com:n käytön edellytyksenä on, että Facebook saa ilman käyttäjän lupaa yhdistää hänestä
Facebook.com:n ulkopuolisten palveluiden yhteydessä kerättyjä ja tallennettuja tietoja Face-
book.com:n käyttämisen yhteydessä kerättyihin ja tallennettuihin tietoihin.²⁷⁶

Perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta
annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 3 artiklan 1 kohdan perusteella jäsenvaltioiden
kilpailuviranomaisten tai kansallisten tuomioistuimien on sovellettava SEUT 102 artiklaa, jos
ne soveltavat kansallista kilpailulainsäädäntöä SEUT 102 artiklassa kiellettyyn määräävän
markkina-aseman väärinkäyttöön. Bundeskartellamt ei kuitenkaan soveltanut päätöksessään
SEUT 102 artiklaa, vaan perusti päätöksensä yksinomaan Saksan kansalliseen kilpailulainsä-
däntöön, erityisesti Saksan kilpailulain (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) 19
§:ään ja relevanttiin kansalliseen oikeuskäytäntöön. Kansallinen säännös muistuttaa SEUT 102
artiklaa, mutta kilpailuviranomaisen mukaan GWB 19 §:ää koskevassa saksalaisessa oikeus-
käytännössä kehitellylle suojan käsitteelle ei löydy vastinetta eurooppalaisesta oikeuskäytän-
nöstä.²⁷⁷ Asetuksen 1/2003 3 artiklan 2 kohdan perusteella jäsenvaltioita ei saa kyseisen ase-
tuksen nojalla estää hyväksymästä ja soveltamasta alueellaan tiukempia kansallisia lakeja,
joissa kielletään tai säädetään rangaistaviksi yritysten toteuttamat yksipuoliset toimet.

²⁷² Ibid., k. 214-215.

²⁷³ Ibid., k. 374. Merkityksellisten markkinoiden määrittelystä erityisesti k. 166, 212, 230, 344 ja 352.

²⁷⁴ Ibid., k. 389 ja 392.

²⁷⁵ Ibid., k. 422.

²⁷⁶ Ibid., k. 522.

²⁷⁷ Ibid., k. 941.

Kilpailuviranomaisen mukaan tietojen käsittelyssä ei ollut kyse hinnasta GWB 19 §:ssä tarkoitettulla tavalla, vaikka tietoja voidaan usein pitää ei-rahallisena vastikkeena yrityksen näkökulmasta.²⁷⁸ Sen sijaan tapauksessa oli kyse ehtojen kohtuuttomuudesta.²⁷⁹ Arvioidessaan ehtojen lainmukaisuutta, Bundeskartellamt viittasi erityisesti tietosuoja-asetuksen 6 artiklan mukaisiin käsittelyperusteisiin.²⁸⁰ Tätä arviointia tarkastellaan jäljempänä käsittelyperusteiden yhteydessä.

Päätöksellään Bundeskartellamt on kieltänyt Facebookia jatkamasta kilpailunvastaista menettelyä. Facebook ei saa määrätä Saksassa asuville yksityisille käyttäjille Facebook.com:n käyttämisen ehdoksi sitä, että Facebook saa ilman käyttäjän suostumusta yhdistää hänestä Facebook.com:n ulkopuolelta – Whatsappista, Masqueradesta, Oculuksesta, Instagramista ja kolmansien osapuolten verkkosivujen ja sovelluksista – kerättyjä käyttäjä- ja laitetietoja hänestä Facebook.com:n käyttämisen yhteydessä kerättyihin tietoihin.²⁸¹ Kilpailuviranomainen on määrännyt Facebookin toteuttamaan kieltojen perusteella tarpeelliset muutokset käyttäjien henkilötietojen käsittelyssä sekä mukauttamaan tieto- ja evästekäytäntöjään tietyn määräajan kuluessa.²⁸²

Facebook haki kilpailuviranomaisen päätökseen muutosta osavaltion ylioikeudesta (*Oberlandesgerichts Düsseldorf, Düsseldorf Higher Regional Court*) ja pyysi keskeyttämään päätöksen täytäntöönpanon siihen saakka, kunnes pääasia on ratkaistu. Välitoimia koskevassa menettelyssä osavaltion ylioikeus keskeytti kilpailuviranomaisen päätöksen täytäntöönpanon elokuussa 2019. Tuomioistuin perusteli päätöstään muun muassa sillä, että Facebookin menettelystä ei aiheutunut vahinkoa kilpailulle ja että kyse ei ollut hyväksikäytöstä, sillä käyttäjät hyväksyivät käyttöehdot vapaaehtoisesti ja heillä oli vapaus olla käyttämästä palvelua.²⁸³ Liittovaltion korkein oikeus (saksaksi *Bundesgerichtshof*, eng. *the Federal Supreme Court*) kuitenkin kumosi osavaltion ylioikeuden päätöksen välitoimimenettelyssä.²⁸⁴ Liittovaltion korkeimman oikeuden ratkaisussa tietosuojanäkökohdat eivät tosin olleet yhtä keskeisessä asemassa kuin kilpailuviranomaisen päätöksessä.²⁸⁵

²⁷⁸ Ibid., k. 569-570.

²⁷⁹ Ibid., k. 561-562.

²⁸⁰ Ibid., k. 630.

²⁸¹ Ibid., päätösoosan k. 1.

²⁸² Ibid., päätösoosan k. 3-4.

²⁸³ Wiedemann 2020, s. 1170.

²⁸⁴ Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (Bundesgerichtshof) päätös 23.6.2020, Bundeskartellamt v. Facebook, asia KVR 69/19, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0. Engl. Felmy 2020.

²⁸⁵ Wiedemann 2020, s. 1170.

Liittovaltion korkein oikeus on erottanut päätöksessään toisistaan kaksi käyttäjäkokemuksen personoinnin tasoa. Ensimmäinen perustuu ainoastaan Facebook.com:n käytön yhteydessä kerättyjen henkilötietojen käsittelyyn. Toinen, ensimmäistä personoidumpi taso, perustuu puolestaan myös Facebook.com:n ulkopuolta kerättyihin käyttäjätietoihin. Kilpailuviranomaisen tekemän tutkimuksen mukaan merkillepantava osa käyttäjistä haluaisi luovuttaa omia henkilötietojaan nykyistä vähemmän.²⁸⁶ Käyttäjillä ei kuitenkaan ole mahdollisuutta valita personoinnin tasoa ja siten henkilötietojen käsittelyn laajuutta.²⁸⁷ Tuomioistuimien on pitänyt korkeampaa personoinnin tasoa ikään kuin lisäpalveluna, jonka Facebook määrää käyttäjilleen näiden tahdosta riippumatta määräävän asemansa nojalla ja josta vastineeksi kuluttajien on hyväksyttävä Facebookin ulkopuolisten tietojen käsittely.²⁸⁸ Kilpailullisessa tilanteessa markkinoilla olisi oletettavasti vaihtoehto, joka vastaisi kuluttajien tarpeeseen ja mieltymyksiin niukemmasta tiedonkeruusta.²⁸⁹

Liittovaltion korkein oikeus on todennut, että Facebookin menettely haittaa kilpailua. Verkostovaikutukset vahvistavat Facebookin asemaa, sillä ne aiheuttavat alalle tulon esteitä kilpailijoiden näkökulmasta. Lisäksi potentiaalisten kilpailijoiden voi olla hankala kilpailla mainosso-
pimuksista, sillä Facebookin hallussa olevan tiedon suuri määrä ja korkea laatu tekevät Facebookista kilpailijoita houkuttelevamman vaihtoehdon mainostajien silmissä.²⁹⁰ Käyttäjien valinnanvapaus kaventuu, kun heidän on sallittava Facebookin käsittelevän Facebook.com:n ulkopuolisia tietoja riippumatta siitä, haluavatko he käsittelyä vastaavasti personoidumman palvelun.²⁹¹

Liittovaltion korkeimman oikeuden ratkaisu on annettu nimenomaan välitoimia koskevassa menettelyssä. Asia on edelleen vireillä osavaltion ylioikeudessa lopullista ratkaisua varten.²⁹² Asiassa tapahtui unionin oikeuden kannalta mielenkiintoinen käänne huhtikuun 2021 lopulla, kun osavaltion ylioikeus päätti pyytää asiassa EUT:lta ennakkoratkaisua.²⁹³ Ennakkoratkaisupyyntö ei ole tätä kirjoitettaessa vielä saatavilla EUT:n verkkosivuilla.²⁹⁴ Tapaus tulee joka

²⁸⁶ Saksan liittovaltion korkeimman oikeuden (Bundesgerichtshof) päätös 23.6.2020, Bundeskartellamt v. Facebook, asia KVR 69/19, ECLI:DE:BGH:2020:230620BKVR69.19.0. Engl. Felmy 2020. k. 85.

²⁸⁷ Tässä menettely lähestyy sitomista ja niputtamista. Ibid., k. 58.

²⁸⁸ Ibid., k. 58 ja 97.

²⁸⁹ Ibid., k. 86.

²⁹⁰ Ibid., k. 92-94.

²⁹¹ Ibid., k. 97.

²⁹² Scharf 2020, s. 338.

²⁹³ Oberlandesgericht Düsseldorf, lehdistötiedote 24.3.2021. Ks. Inverardi, Matthias (24.3.2021). German court turns to top European judges for help on Facebook data case. Reuters. Saatavilla: <https://www.reuters.com/business/legal/german-court-turns-top-european-judges-help-facebook-data-case-2021-03-24/>. Vierailtu: 22.5.2021.

²⁹⁴ Facebook ym., asia C-252/21.

tapauksessa olemaan ennakkotapaus, jonka vaikutus ulottuu erityisesti ennakkoratkaisupyynnön myötä myös Saksan ulkopuolelle muualle Euroopan unioniin. Euroopan komissio ja unionin tuomioistuimien ovat pitäneet kilpailuoikeuden ja tietosuojasääntelyn tähän saakka tiukasti erillään, mutta nyt käsillä oleva ennakkoratkaisupyyntö saattaa koetella tätä linjaa. Kilpailuoikeuden osalta on syytä pitää mielessä, että tapauksessa ei sovellettu unionin kilpailuoikeutta, vaan ainoastaan Saksan kansallista kilpailulainsäädäntöä ja siihen liittyvää oikeuskäytäntöä. Unionin tuomioistuimella voi siitä huolimatta olla toimivalta myös kilpailuoikeudellisten kysymysten tulkinnassa, sillä GWB 19 § perustuu SEUT 102 artiklaan.²⁹⁵

²⁹⁵ Mm. tuomio 14.3.2013, Allianz Hungária Biztosító Zrt. ym. v. Gazdasági Versenyhivatal (kilpailuvirasto), asia C-32/11, ECLI:EU:C:2013:160. k. 20. Ks. Wiedemann 2020, s. 1180.

4 KILPAILUOIKEUDEN JA TIETOSUOJAN VÄLINEN SUHDE JA TIETOSUOJA-PERIAATTEET

4.1 Euroopan unionin tietosuojasääntely

Henkilötiedolla ei kuitenkaan ole vain kaupallista arvoa, vaan ne ovat myös olennaisesti yhteydessä yksilön autonomiaan ja persoonaan.²⁹⁶ Euroopan unionin perusoikeuskirjan 8 artiklan²⁹⁷ mukaan jokaisella on oikeus henkilötietojensa suojaan. Henkilötietojen käsittelyn on oltava asianmukaista ja sen on tapahduttava tiettyä tarkoitusta varten ja asianomaisen henkilön suostumuksella tai muun laissa säädetyn oikeuttavan perusteen nojalla. Lisäksi jokaisella on oikeus tutustua niihin tietoihin, joita hänestä on kerätty, ja saada ne oikaistuksi. Oikeus henkilötietojen suojaan on toistettu Euroopan unionin toiminnasta tehdyssä sopimuksessa (SEUT), jonka 16 artiklan mukaan jokaisella on oikeus henkilötietojensa suojaan. Henkilötietojen suojaa koskevaa sekundaarilainsäädäntöä annetaan SEUT 16 artiklan perusteella.

EU:n yleinen tietosuoja-asetus²⁹⁸ tuli sovellettavaksi 25.5.2018²⁹⁹. Se korvasi edeltäjänsä, yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 95/46/EY (jäljempänä henkilötietodirektiivi). Asetuksen 1 artiklan 1 kohdan mukaan sillä annetaan säännöt luonnollisten henkilöiden suojelulle henkilötietoja käsiteltäessä sekä säännöt henkilötietojen vapaalle liikkuvuudelle.

4.2 Yleisen tietosuoja-asetuksen ja SEUT 102 artiklan soveltamisalat

Yleisen tietosuoja-asetuksen 2 artiklan 1 kohdan mukaan asetusta sovelletaan henkilötietojen osittain tai kokonaan automaattiseen käsittelyyn sekä manuaaliseen käsittelyyn, kun

²⁹⁶ Costa-Cabral – Lynskey 2017, s. 12.

²⁹⁷ Myös yksityis- ja perhe-elämän kunnioittamista koskeva perusoikeuskirjan 7 artikla on merkityksellinen henkilötietojen suojan kannalta, sillä se vastaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen (jäljempänä EIS) 8 artiklan 1 kohtaa, jonka mukaan jokaisella on oikeus nauttia yksityis- ja perhe-elämäänsä, kotiinsa ja kirjeenvaihtoonsa kohdistuvaa kunnioitusta. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on oikeuskäytännössään tulkinnut henkilötietojen suojan kuuluvan tämän oikeuden piiriin (mm. Leander v. Ruotsi, tuomio 26.3.1987, k. 48, ja Z. v. Suomi, tuomio 25.2.1997, k. 95). Perusoikeuskirjan 52 artiklan 3 kohdan mukaan EIS:ssa taattuja oikeuksia vastaavien perusoikeuskirjan oikeuksien merkitys ja ulottuvuus ovat samat kuin EIS:ssa.

²⁹⁸ Euroopan parlamentin ja neuvoston asetusta (EU) 2016/679, annettu 27 päivänä huhtikuuta 2016, luonnollisten henkilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä sekä näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta ja direktiivin 95/46/EY kumoamisesta (yleinen tietosuoja-asetus).

²⁹⁹ Yleisen tietosuoja-asetuksen 99 artikla.

henkilötiedot muodostavat rekisterin osan tai niiden tarkoitus on muodostaa rekisterin osa. Aineelliseen soveltamisalaan on säädetty muutamia rajoituksia.³⁰⁰

Sekä henkilötiedon käsite että käsittelyn käsite on määritelty tietosuoja-asetuksessa laajasti. Asetuksen 4 artiklan 1 kohdan mukaan henkilötiedot tarkoittavat kaikkia tunnistettuun tai tunnistettavissa olevaan luonnolliseen henkilöön, eli rekisteröityyn, liittyviä tietoja. Tunnistettavissa on henkilö, joka voidaan suoraan tai epäsuorasti tunnistaa erityisesti tunnistetietojen perusteella. Henkilötietojen käsittely puolestaan kattaa 4 artiklan 2 kohdan mukaan automaattiset tai manuaaliset toiminnot, jotka kohdistuvat henkilötietoihin tai henkilötietoja sisältäviin tietojoukkoihin. Asetuksessa on lueteltu useita esimerkkejä erilaisista käsittelytoimista. Käsittelyn määritelmä käsittää käytännössä kaikki mahdolliset henkilötietoihin kohdistuvat toimenpiteet.³⁰¹

SEUT 102 artiklaa puolestaan sovelletaan määräävässä markkina-asemassa oleviin yrityksiin ja niiden yksipuoliseen markkinavoiman käyttämiseen. Unionin kilpailuoikeutta koskevassa oikeuskäytännössä yrityksen käsite on määritelty laajasti. Sillä tarkoitetaan jokaista yksikköä, joka harjoittaa taloudellista toimintaa riippumatta yksikön oikeudellisesta muodosta ja rahoitustavasta. Oikeuskäytännön mukaan taloudellista toimintaa puolestaan on kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla.³⁰²

Verrattaessa edellä mainittujen käsitteiden sisältöjä tietosuojan yhteydessä käytettäviin käsitteisiin voidaan ensinnäkin todeta, että henkilötietojen käsittely voi olla taloudellista toimintaa.³⁰³ Tietosuoja-asetuksen 4 artiklan 7 kohdan mukaan rekisterinpitäjä on luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, viranomainen, virasto tai muu elin, joka yksin tai yhdessä toisten kanssa määrittelee henkilötietojen käsittelyn tarkoitukset ja keinot. Käsittelijä taas on 8 kohdan mukaan luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, viranomainen, virasto tai muu elin, joka käsittelee henkilötietoja rekisterinpitäjän lukuun. Rekisterinpitäjä tai käsittelijä voi olla kilpailuoikeuden kontekstissa yritys, ja yritys voi puolestaan olla tietosuojasääntelyn kontekstissa rekisterinpitäjä tai käsittelijä, kun se käsittelee henkilötietoja. Luonnolliset henkilöt puolestaan voivat olla sekä rekisteröityjä että kuluttajia.

³⁰⁰ Yleisen tietosuoja-asetuksen 2 artiklan 2-4 kohdat ja 85 artikla. Asetuksen alueellisesta soveltamisalasta säädetään asetuksen 3 artiklassa.

³⁰¹ Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2018, s. 61-62.

³⁰² Mm. tuomio 12.9.2000, Pavel Pavlov ym. v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, yhdistetyt asiat C-180/98 - C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428. k. 74-75.

³⁰³ Vrt. yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 18 kohta.

4.3 Tietosuojan ja kilpailuoikeuden tavoitteet sekä kohtuullisuuden käsite

Tietosuojalla ja kilpailuoikeudella on yhteisiä tavoitteita. Näitä ovat sisämarkkinoiden toteuttaminen, yksilöiden suojeleminen ja epäsymmetrisiin voimasuhteisiin puuttuminen.³⁰⁴ Kilpailuoikeuden tavoitteista on tosin erilaisia näkemyksiä. Näkemykset eroavat itse tavoitteiden osalta, mutta myös sen suhteen, onko tavoitteita ensisijaisesti tai yksinomaan yksi – (taloudellinen) hyvinvointi – vai useita.³⁰⁵ Kilpailuoikeuden tavoitteina on voitu pitää taloudellista demokratiaa, kohtuullisuutta, sisämarkkinoiden toteuttamista, vapaan kilpailun periaatetta sekä tiettyjen markkinatoimijoiden, kuten loppukuluttajien tai pienten ja keskusuurten yritysten, suojelemista.³⁰⁶ Kilpailuoikeuden tutkimuksessa on kuitenkin ollut verrattain laaja yhteisymmärrys siitä, että kilpailuoikeuden keskeinen tarkoitus on itse kilpailun suojeleminen eli kilpailun turvaaminen prosessina ja instituutiona.³⁰⁷ Seuraavassa tarkastellaan kilpailuoikeutta ja tietosuojaa yhdistäviä tavoitteita sekä molemmilla aloilla keskeistä kohtuullisuuden käsitettä.

Kuluttajien hyvinvointi

Kuluttajien hyvinvointi on keskeinen tavoite unionin kilpailuoikeudessa. Tehokkaan kilpailun oletetaan tuottavan etuja loppukuluttajille. Kun yritykset kilpailevat tuottamisensa hyödykkeiden ansioiden perusteella, hyödykkeiden hinnat laskevat, laatu paranee ja valikoima laajenee innovaatioiden myötä.³⁰⁸ Kun kilpailu on tehokasta, kilpailumekanismi lisää ja ylläpitää taloudellista tehokkuutta. Hyödykkeitä valmistetaan optimaalinen määrä ja hinnat ovat mahdollisimman lähellä tuotantokustannuksia. Resurssit allokoituvat tavalla, joka tuottaa taloudellisesti suurimman mahdollisen hyödyn. Lisäksi yritykset pyrkivät innovaatioiden kautta edistämään teknis-taloudellista kehitystä ja lisäämään tietotaitoa.³⁰⁹

Liiallinen markkinavoima vähentää tehokkuutta ja aiheuttaa hyvinvointitappioita. Merkittävän markkinavoiman turvin yritys voi toimia huomattavan riippumattomasti kilpailijoihin, asiakkaisiin ja kuluttajiin nähden ilman, että tästä aiheutuu yritykselle haittaa. Se voi määrätä

³⁰⁴ Costa-Cabral – Lynskey 2017, s. 21.

³⁰⁵ Lianos 2013, s. 3. Myös Akman 2012, s. 25.

³⁰⁶ Lianos 2013, s. 13.

³⁰⁷ Kuoppamäki 2018, s. 5.

³⁰⁸ Komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20. k. 5-6. Ks. tuomio 16.9.2008, Sot. Lélos kai Sia EE ym. v. GlaxoSmithKline AVE Farmakeftikon Proïonton, yhdistetyt asiat C-468/06-C-478/06, ECLI:EU:C:2008:504. k. 66.

³⁰⁹ Kuoppamäki 2018, s. 3-5.

kilpailullista tasoa korkeampia hintoja, heikentää hyödykkeiden laatua tai vaikuttaa muutoin kilpailuolosuhteisiin esimerkiksi syrjäyttämällä kilpailijoita markkinoilta.³¹⁰

Komissio on pitänyt kilpailuoikeuden tavoitteena taloudellista tehokkuutta ja kuluttajien hyvinvoinnin lisäämistä.³¹¹ Komission mukaan unionin kilpailusääntöjen tavoitteena on suojella markkinoilla esiintyvää kilpailua. Kilpailun suojeleminen on keino parantaa kuluttajien hyvinvointia ja varmistaa resurssien tehokas kohdentaminen.³¹² Kuluttajien hyvinvointia on pidetty unionin kilpailuoikeuden tavoitteena myös unionin oikeuskäytännössä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on todennut, että säännösten, joilla pyritään takaamaan, että kilpailu ei ole vääristynyttä sisämarkkinoilla, lopullisena päämääränä on lisätä kuluttajan hyvinvointia.³¹³ Oikeuskäytännössä on myös tunnistettu, että tehokkaisuus ja toimiviin kilpailurakenteisiin haitallisesti vaikuttavat menettelyt aiheuttavat vahinkoa kuluttajille.³¹⁴ Jos kilpailulle itsessään aiheutuu vahinkoa, niin viime kädessä myös kuluttajille voi aiheutua haittaa.³¹⁵

Digitaalitalouden yhteydessä on pohdittu sitä, millaisia vaikutuksia määräävässä markkina-asemassa olevien yritysten tarjoamien palveluiden tietosuojakeikennyksillä on kuluttajien hyvinvointiin.³¹⁶ Kuten aiemmin on todettu, tietosuojan taso voidaan nähdä osana palvelun laatua. Toimimaton ja tehoton kilpailu voi johtaa tarjolla olevien palveluiden laadun – myös henkilötietojen suojan tason – heikentymiseen. Lisäksi määräävässä asemassa oleva yritys voi rajoittaa kuluttajien valinnanvapautta ja mahdollisuutta kontrolloida heitä koskevien henkilötietojen käyttämistä.³¹⁷

³¹⁰ Ibid., s. 10-16.

³¹¹ Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta. Virallinen lehti C 101 27.4.2004, s. 97–118. k. 13. Myös komission tiedonanto – Ohjeita komission ensisijaisista täytäntöönpanotavoitteista sovellettaessa EY:n perustamissopimuksen 82 artiklaa yritysten määräävän aseman väärinkäyttöön perustuvaan markkinoiden sulkemiseen. Virallinen lehti C 45 24.2.2009, s. 7-20. k. 1, 5 ja 19. Akman 2012, s. 11.

³¹² Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta. Virallinen lehti C 101 27.4.2004, s. 97–118. k. 33.

³¹³ tuomio 7.6.2006, Österreichische Postsparkasse AG ja Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v. Euroopan yhteisöjen komissio, yhdistetyt asiat T-213/01 ja T-214/01, ECLI:EU:T:2006:151. k. 115.

³¹⁴ Mm. tuomio 21.2.1973, Europemballage Corporation ja Continental Can Company Inc. v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia 6/72, ECLI:EU:C:1973:22. k. 26. Ja tuomio 15.3.2007, British Airways plc v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-95/04 P, ECLI:EU:C:2007:166. k. 106

³¹⁵ Julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 23.2.2006, British Airways plc v. Euroopan yhteisöjen komissio, asia C-95/04 P, ECLI:EU:C:2006:133. k. 68. Ks. myös mm. tuomio 4.6.2009, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV ja Vodafone Libertel NV v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (Alankomaiden kilpailuvirasto), asia C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343. k. 38.

³¹⁶ Ezrachi 2018, s. 6.

³¹⁷ Euroopan tietosuojavaltuutettu 2014, s. 31.

Sisämarkkinoiden toteuttaminen

Sekä unionin kilpailuoikeuden että tietosuojasääntelyn tavoitteena on sisämarkkinoiden toteuttaminen. Euroopan unionista tehdyn sopimuksen 3 artiklan mukaan unioni toteuttaa sisämarkkinat. Sisämarkkinoista ja kilpailusta tehdyn pöytäkirja N:o 27:n mukaan sisämarkkinat käsittävät järjestelmän, jolla taataan vääristymätön kilpailu. SEUT 3 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan unionilla on yksinomainen toimivalta vahvistaa sisämarkkinoiden toimintaa varten tarvittavat kilpailusäännöt. SEUT 102 artikla lukeutuu näihin kilpailusääntöihin. EUT:n mukaan tällaisten sääntöjen nimenomaisena tarkoituksena on estää kilpailun vääristyminen yleisen edun, yksittäisten yritysten ja kuluttajien kustannuksella ja edistää siten hyvinvointia unionissa.³¹⁸ Sääntely ilmentää kilpailuoikeuden tavoitetta toteuttaa sisämarkkinat.³¹⁹ Avomien yhtenäismarkkinoiden luominen ja ylläpitäminen on katsottu edistävän resurssien tehokasta kohdentamista koko yhteisössä kuluttajien eduksi.³²⁰ Siten kilpailuoikeuden tavoite sisämarkkinoiden toteuttamisesta palvelee myös tavoitetta taloudellisesta tehokkuudesta ja kuluttajien hyvinvoinnin kasvattamisesta.

Yleisen tietosuoja-asetuksen tarkoituksena on muun ohella tukea talousunionin kehittämistä ja talouksien lähentämistä sisämarkkinoilla.³²¹ Asetuksen tarkoituksena on varmistaa henkilötietojen vapaa liikkuvuus jäsenvaltioiden välillä³²², sillä sisämarkkinoiden moitteeton toiminta edellyttää, että henkilötietojen vapaata liikkuvuutta jäsenvaltioiden välillä ei rajoiteta eikä kiellä syistä, jotka liittyvät luonnollisten henkilöiden suojeluun henkilötietojen käsittelyssä.³²³ Henkilötietodirektiivillä ei kyetty varmistamaan henkilötietojen suojan tason ja tietosuojasääntöjen soveltamisen ja täytäntöönpanon yhtenäisyyttä unionissa. Eroavaisuuksien on katsottu voivan vääristää kilpailua. Tietosuoja-asetuksella tavoitellaan henkilötietodirektiiviä pidemmälle menevämpää harmonisointia tietosuojan alalla.³²⁴

³¹⁸ Ks. tuomio 17.2.2011, Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB, asia C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83. k. 21-22.

³¹⁹ Menettelyitä, joilla yritykset pyrkivät eristämään kansalliset markkinat tai välttämään rinnakkaisviennin, on pidetty EUT:n oikeuskäytännössä kansallisten markkinoiden yhtenäistämistä ja vääristymättömän kilpailun varmistamista koskevien perussopimusten tavoitteiden vastaisina. Siten tällaiset menettelyt saattavat kuulua SEUT 101 tai 102 artikloiden soveltamisalaan. Tuomio 16.9.2008, Sot. Lélos kai Sia EE ym. v. GlaxoSmithKline AEVE Farmakeftikon Proïonton, yhdistetyt asiat C-468/06-C-478/06, ECLI:EU:C:2008:504. k. 65-66.

³²⁰ Komission tiedonanto – Suuntaviivat perustamissopimuksen 81 artiklan 3 kohdan soveltamisesta. Virallinen lehti C 101 27.4.2004, s. 97-118. k. 13.

³²¹ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 2 kohta.

³²² Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 3 ja 9-10 kohdat.

³²³ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 13 kohta.

³²⁴ Ks. yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 9-11 ja 13 kohdat.

Epäsymmetriset voimasuhteet

Yksilö on kuluttajan ja/tai rekisteröidyn roolissa tyypillisesti yritystä heikompi osapuoli näiden keskinäisessä suhteessa. Yleisen tietosuoja-asetuksen 1 artiklan 2 kohdan mukaan asetuksen tavoitteena on suojella luonnollisten henkilöiden perusoikeuksia ja -vapauksia ja erityisesti heidän oikeuttaan henkilötietojen suojaan. Tietosuoja-asetuksessa annetaan säännöt tälle suojelulle. Ne asettavat edellytyksiä ja vaatimuksia henkilötietojen käsittelylle ja turvaavat rekisteröityjen oikeuksien toteutumista. Määräävän markkina-aseman väärinkäyttökiellon tarkoituksena on puolestaan suojata kuluttajia siltä, että määräävässä asemassa oleva yritys käyttää merkittävää markkinavoimaansa tavalla, joka vahingoittaa kuluttajia.³²⁵

Kohtuullisuus

Fairness, suomenkielisissä kieliversioissa usein kohtuullisuus tai asianmukaisuus, on ainakin näennäisesti unionin kilpailuoikeutta ja tietosuojaa yhdistävä käsite. SEUT 102 artiklassa kielletään nimenomaisesti kohtuuttomien osto- ja myyntihintojen (eng. ”*unfair purchase or selling prices*”) ja muiden kohtuuttomien kauppaehtojen (eng. ”*other unfair trading conditions*”) määrittäminen. Määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen määrittämien hintojen ja muiden ehtojen on siten oltava kohtuullisia. SEUT johdanto-osan mukaan unionin olemassa olevien esteiden poistamiseksi tarvitaan yhtenäistä toimintaa muun muassa takaamaan kilpailun rehellisyys (eng. *fair competition*). Kohtuullisuus tai rehellisyys on nähty myös unionin kilpailuoikeuden yhtenä (mahdollisena) tavoitteena, mutta käsitteen sisällöstä ja toisaalta tavoitteen suhteesta kilpailuoikeuden muihin tavoitteisiin on esitetty erilaisia näkemyksiä.³²⁶

Euroopan unionin perusoikeuskirjan 8 artiklan 2 kohdan mukaan henkilötietoja on käsiteltävä asianmukaisesti (englanninkielisen kieliversion mukaan ”[s]uch data must be processed fairly”). Yleisen tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan henkilötietoja on käsiteltävä lainmukaisesti, asianmukaisesti ja rekisteröidyn kannalta läpinäkyvästi. Asianmukaisuuden vaatimuksesta käytetään myös kohtuullisuuden käsitettä. Englanninkielisessä kieliversiossa käytetään termejä ”*fairly*” ja ”*fairness*”. Kohtuullisuutta tai asianmukaisuutta on pidetty myös EU:n tietosuojasääntelyn yhtenä perusarvona yksilön kontrollin ohella.³²⁷

³²⁵ Ks. Costa-Cabral – Lynskey 2017, s. 22.

³²⁶ Tästä keskustelusta Kalimo – Majcher 2017, s. 217-219.

³²⁷ Ibid., s. 216-217.

4.4 Tietosuojaperiaatteet vertailukohtana verkkoalustan tietosuojaehtojen kohtuuttomuuden kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa

4.4.1 Henkilötietojen käsittelyä koskevat periaatteet yleisessä tietosuojasetuksessa

Yleisen tietosuojasetuksen 5 artiklassa säädetään henkilötietojen käsittelyä koskevista keskeisimmistä periaatteista. Ne muodostavat henkilötietojen suojan perustan.³²⁸ Osaa periaatteista täsmennetään tietosuojasetuksen muissa artikloissa.³²⁹ Ne ovat yleiskuva rekisterinpitäjän tärkeimpiin velvoitteisiin tietosuojasääntelyn noudattamisessa, ja tietosuojasetuksen muita artikloita tulisi tulkita periaatteiden valossa.³³⁰ Periaatteet eivät ole uutuus eurooppalaisessa tietosuojasääntelyssä: tietosuojasetuksen 5 artiklassa luetellut periaatteet vastaavat olennaisesti jo yksilöiden suojelusta henkilötietojen käsittelyssä ja näiden tietojen vapaasta liikkuvuudesta annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 95/46/EY ja yksilöiden suojelusta henkilötietojen automaattisessa tietojenkäsittelyssä tehdyssä Euroopan neuvoston yleissopimuksessa (yleissopimus 108, Suomessa SopS 35-36/1992) määrättyjä periaatteita.³³¹ Vuosikymmenet ovat osoittaneet periaatteilla olevan vakaa asema tietosuojasääntelyssä.³³²

Periaatteiden merkitystä kuvaa myös niiden rikkomisesta määrättävät sanktiot. Tietosuojaperiaatteiden rikkominen on sanktioitu tietosuojasetuksen 83 artiklan 5 kohdan a alakohdassa hallinnollisella sakolla³³³, joka voi olla enintään 20 000 000 euroa, tai jos kyseessä on yritys, neljä prosenttia sen edeltävän tilikauden vuotuisesta maailmanlaajuisesta kokonaisliikevaihdosta sen mukaan, kumpi näistä määristä on suurempi. Tietosuojasetuksessa säädetään erilaisia rikkomuksia varten kahdesta eri enimmäissakosta.³³⁴ Tietosuojaperiaatteiden rikkominen on sanktioitu nimenomaan ankarammalla maksimisakolla, mikä on osaltaan osoitus periaatteiden keskeisestä merkityksestä tietosuojasääntelyn noudattamisessa.³³⁵

³²⁸ de Terwange 2020, s. 311.

³²⁹ Esimerkiksi rekisteröidyn informointia koskevat tietosuojasetuksen 12-14 artiklat liittyvät läheisesti 5 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädetyn läpinäkyvyyden periaatteen toteuttamiseen. Ks. *ibid.*, s. 311.

³³⁰ IT Governance Privacy Team 2020, s. 41.

³³¹ Henkilötietodirektiivin 6 artikla ja yleissopimuksen 108 5 ja 7 artiklat.

³³² Kotschy 2014, s. 277.

³³³ Hallinnollista sakkoa oikeampi termi olisi esimerkiksi hallinnollinen seuraamusmaksu, sillä kyseessä ei ole rikosoikeudellinen rangaistus, johon sakko perinteisesti viittaa. Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2018, s. 535-536.

³³⁴ Tietosuojasetuksen 83 artiklan 4 ja 5 kohdat.

³³⁵ Ks. IT Governance Privacy Team 2020, s. 41. Toisaalta oikeusvaltioperiaatteen valossa voidaan perustellusti kysyä, ovatko periaatteet liian epämääräisiä ja epätasällisia, jotta niiden rikkomisesta voidaan edes määrätä sakkoa. Tosin näiden periaatteiden rikkominen saattaa olla ainakin osittain päällekkäinen jonkin asetuksen täsmällisemmän määräyksen rikkomisen kanssa, ja periaatteiden rikkominen voidaan ottaa huomioon ”koventavana” seikkana sakon määrästä päätettäessä. Dienst 2018, s. 49-50.

Tietosuojaperiaatteiden keskeisen roolin vuoksi ne ovat tietosuojasääntelyn puitteissa erityisen luonteva vertailukohta tietosuojaehtojen kohtuuttomuuden kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa. Toisaalta myös tietosuojaperiaatteet, kuten kohtuullisuus ja läpinäkyvyys, ovat melko epämääräisiä oikeudellisia käsitteitä, jotka eivät anna suoraan konkreettisia velvollisuuksia tai täsmällisiä ohjeita henkilötietojen käsittelyyn. Niitä on pidettävä kuitenkin tietosuojan tärkeinä kulmakivinä ja viitekehyksenä täsmällisemmille säännöksille.³³⁶

Tietosuojaperiaatteita on sovellettava kaikkiin henkilötietoihin, mukaan lukien pseudonymisoi-
tuihin tietoihin. Periaatteet eivät koske anonymisoituja tietoja, sillä ne eivät ole henkilötietoja.³³⁷ Tietosuojasetuksen 5 artiklan 1 kohdan mukaan henkilötietojen käsittelyssä noudatettavat periaatteet ovat:

1. Lainmukaisuus, kohtuullisuus ja läpinäkyvyys
2. Käyttötarkoitussidonnaisuus
3. Tietojen minimointi
4. Täsmällisyys
5. Säilytyksen rajoittaminen
6. Eheys ja luottamuksellisuus

Tietosuojasetuksen 5 artiklan 2 kohdan mukaan rekisterinpitäjä vastaa siitä, että käsittelyssä on noudatettu tietosuojaperiaatteita. Lisäksi rekisterinpitäjän on kyettävä myös osoittamaan periaatteiden noudattaminen. Periaatteiden noudattamista koskee siis myös rekisterinpitäjän osoitusvelvollisuus.

Seuraavaksi käsitellään lähemmin neljää periaatetta: laillisuus-, kohtuus- ja läpinäkyvyysperiaatetta, käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatetta sekä yhdessä tietojen minimoinnin ja säilytyksen rajoittamisen periaatteita. Verkkoalustayritykset keräävät käyttäjistä yleensä sekä määrällisesti että laadullisesti valtavasti tietoa. Tietojen käsittely voi olla intensiivistä ja erityisesti teknisesti monimutkaista ja käsittelyllä saattaa olla lukuisia tarkoituksia. Edellä mainitut periaatteet koskevat erityisesti käsittelyn edellytysten olemassaoloa sekä käsittelyn laajuutta. Sen vuoksi erityisesti nämä periaatteet voivat nousta polttopisteeseen, kun arvioidaan henkilötietojen käsittelyä verkkoalustapalvelujen tarjoamisen yhteydessä.

³³⁶ Dienst 2018. s. 49-50.

³³⁷ Yleisen tietosuojasetuksen johdanto-osan 26 kohta.

4.4.2 Lainmukaisuus, kohtuullisuus ja läpinäkyvyys

Tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan henkilötietoja on käsiteltävä lainmukaisesti, asianmukaisesti ja rekisteröidyn kannalta läpinäkyvästi (”lainmukaisuus, kohtuullisuus ja läpinäkyvyys”). Asetuksessa ei ole määritelty, mitä termit tarkoittavat.

4.4.2.1 Lainmukaisuus

Lainmukaisuuden periaate edellyttää, että henkilötietojen käsittelyn on perustuttava säädettyyn perusteeseen.³³⁸ Henkilötietojen käsittely on lähtökohtaisesti kielletty, ellei sitä oikeuta vähintään yksi laissa säädetty käsittelyperuste.³³⁹ Tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan mukaan käsittely on lainmukaista ainoastaan jos ja vain siltä osin kuin vähintään yksi a-f alakohdissa määrättyistä edellytyksistä täyttyy. Tietosuoja-asetuksen osalta käsittelyperusteet on lueteltu 6 artiklan 1 kohdassa tyhjentävästi, mutta käsittely saattaa olla sallittua muualla unionin oikeudessa tai kansallisessa lainsäädännössä säädettyillä perusteilla. Lisäksi tietosuoja-asetuksen 7-11 artikloissa on käsittelyperusteita täydentävää sääntelyä.

Käsittelyn lainmukaisuudella voidaan viitata myös unionin perusoikeuskirjan 52 artiklan 1 kohdassa sekä Euroopan ihmisoikeussopimuksen (EIS) 8 artiklan 2 kohdassa asetettuihin edellytyksiin. Ne koskevat sitä, millä perusteilla unionin perusoikeuskirjan 7 ja 8 artikloiden mukaista oikeutta yksityis- ja perhe-elämän kunnioitukseen ja henkilötietojen suojaan ja EIS:n 8 artiklan mukaista oikeutta yksityis- ja perhe-elämän kunnioitukseen voidaan rajoittaa. Edellytyksien mukaisesti henkilötietojen käsittelyn on oltava lainmukaista, sillä tulee olla hyväksyttävä tavoite ja käsittelytoimien täytyy olla välttämättömiä ja oikeassa suhteessa tavoiteltuihin päämääriin nähden.³⁴⁰

Seuraavaksi tarkastellaan lähemmin kolmea tietosuoja-asetuksen 6 artiklan mukaista käsittelyperustetta, joihin verkkoalustan käyttäjän henkilötietojen käsittely tyypillisimmin perustuu. Käsittelyperusteet ovat rekisteröidyn suostumus, sopimuksen täytäntöönpano sekä rekisterinpitäjän tai kolmannen osapuolen oikeutettujen etujen toteuttaminen.³⁴¹ Määräävässä asemassa oleva verkkoalusta voi voimakkaan asemansa avulla vedota käyttäjien henkilötietojen

³³⁸ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan kohdat 40-41.

³³⁹ Ks. Dienst 2018, s. 51.

³⁴⁰ Ks. de Terwange 2020, s. 314.

³⁴¹ Ks. esimerkiksi Googlen tietosuojakäytäntö. Saatavilla: <https://policies.google.com/privacy?hl=fi>. Haettu: 18.5.2021. Myös Facebookin tietokäytäntö. Saatavilla: https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases. Haettu: 18.5.2021.

käsittelyssä edellytyksiin, jotka eivät todellisuudessa täyty. Tällä voi olla merkitystä tietosuojajaehtojen kohtuuttomuuden tulkinnassa ja kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa.

4.4.2.1.1 Rekisteröidyn suostumus

Yleisen tietosuojasetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan henkilötietojen käsittely on lainmukaista, jos rekisteröity on antanut suostumuksensa henkilötietojensa käsittelyyn yhtä tai useampaa erityistä tarkoitusta varten. Rekisteröidyn suostumuksella tarkoitetaan tietosuojasetuksen 4 artiklan 11 kohdan perusteella mitä tahansa vapaaehtoista, yksilöityä, tietoista ja yksiselitteistä tahdonilmaisua, jolla rekisteröity hyväksyy henkilötietojensa käsittelyn antamalla suostumusta ilmaisevan lausuman tai toteuttamalla selkeästi suostumusta ilmaisevan toimen. Suostumuksen kriteerejä ovat siten vapaaehtoisuus, yksilöiminen, tietoisuus sekä yksiselitteisyys. Suostumukselta edellytetään setuksen 9 artiklan 2 kohdan a alakohdan lisäksi nimenomaisuutta, kun on kyse erityisiä henkilötietoryhmiä koskevasta käsittelystä. Suostumuksen edellytyksistä säädetään myös tietosuojasetuksen 7 artiklassa. Rekisterinpitäjän on kyettävä osoittamaan, että rekisteröity on antanut suostumuksen henkilötietojensa käsittelyyn, jos henkilötietojen käsittely perustuu rekisteröidyn suostumukseen. Rekisteröidyllä on oikeus peruuttaa suostumuksensa milloin tahansa.

Pätevän suostumuksen ensimmäinen kriteeri on vapaaehtoisuus. Suostumuksen vapaaehtoisuus edellyttää sitä, että rekisteröidyllä on oltava todellinen valinnan mahdollisuus sen suhteen, hyväksyykö hän henkilötietojensa käsittelyn vai ei. Rekisteröity ei voi antaa pätevää suostumusta pakotettuna tai jos häneen on kohdistettu muunlaistakaan epäasiallista vaikuttamista, jonka seurauksena hän ei voi käyttää vapaata tahtoaan.³⁴² Rekisteröidylle ei saa aiheutua haittaa, jos hän kieltäytyy antamasta suostumuksen tai peruuttaa sen myöhemmin.³⁴³ Jos suostumus on liitetty rekisterinpitäjän yksipuolisesti asettamiin ehtoihin, jotka eivät ole neuvoteltavissa, suostumusta ei lähtökohtaisesti katsota vapaaehtoisesti annetuksi.³⁴⁴

Vapaaehtoisuuden vaatimus rajoittaa suostumuksen soveltumista käsittelyperusteeksi tilanteissa, jossa rekisteröidyn ja rekisterinpitäjän voimasuhteet ovat epätasapainossa.

³⁴² Ks. yleisen tietosuojasetuksen johdanto-osan 42 kohta.

³⁴³ Euroopan tietosuojaneuvosto, Asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat 05/2020. k. 13-14, s. 8. Lisäksi Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 15/2011 on the definition of consent. WP187, 13.7.2011. s. 12.

³⁴⁴ Myös Euroopan tietosuojaneuvosto, Asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat 05/2020. k. 13-14, s. 8.

Lähtökohtaisesti suostumus ei ole pätevä peruste henkilötietojen käsittelylle, jos rekisteröidyn ja rekisterinpitäjän välillä on selkeä epäsuhta.³⁴⁵

Tietosuoja-asetuksen 7 artiklan 4 kohdan perusteella suostumusta ei pidetä vapaaehtoisesti annettuna siinä tapauksessa, että sopimuksen täytäntöönpanon ehdoksi on asetettu suostumuksen antaminen sopimuksen täytäntöönpanon kannalta tarpeettomien henkilötietojen käsittelyyn. Tämä koskee myös palvelun tarjoamista.³⁴⁶ Tietosuoja-asetuksessa pyritään siten varmistamaan, että sopimuksen täytäntöönpanon kannalta tarpeettomien henkilötietojen käsittelyä koskevasta suostumuksesta ei tulisi suoraan tai epäsuorasti sopimuksen vastiketta. Tällaisessa tilanteessa on kyse pakottamisesta, sillä suostumuksen edellyttäminen rajoittaa rekisteröidyn valinnanvapautta, ja estää siten vapaaehtoisesta suostumuksen antamisen. Suostumuksen antamisesta kieltäytyminen saattaa johtaa siihen, että rekisteröidyltä evätään kyseessä oleva palvelu.³⁴⁷ Suostumus ei ole vapaaehtoisesti annettu siinäkään tapauksessa, että rekisterinpitäjän mukaan käyttäjä voi valita joko rekisterinpitäjän palvelun, jonka ehtona on suostumuksen antaminen sopimuksen täytäntöönpanon kannalta ylimääräisten tietojen käsittelyyn, tai toisen rekisterinpitäjän tarjoaman vastaavan palvelun.³⁴⁸

Verkkoalustapalvelun yhteydessä käyttäjän henkilötietoja voidaan käsitellä useisiin eri tarkoituksiin. Tällöin rekisteröidyllä täytyy olla mahdollisuus antaa erillinen suostumus eri käsittelytoimille, jos se on yksittäistapauksessa asianmukaista. Ilman tätä mahdollisuutta suostumusta ei pidetä vapaaehtoisesti annettuna.³⁴⁹ Myös vaatimus suostumuksen yksilöimisestä edellyttää tätä mahdollisuutta. Tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan a alakohdan perusteella suostumus annetaan aina henkilötietojen käsittelyyn yhtä tai useampaa erityistä tarkoitusta varten.³⁵⁰ Yksilöimisvaatimuksesta siis seuraa, että suostumuksen on koskettava tiettyjä käsittelytarkoituksia. Suostumus voi kattaa eri käsittelytoimia, mutta niiden on toteutettava samaa käsittelytarkoitusta tai samoja tarkoituksia. Jos käsittelyllä on useita tarkoituksia, suostumus olisi annettava kaikkia käsittelytarkoituksia varten.³⁵¹ Verkkoalustan on siten eroteltava tietojen käyttötarkoitukset ja hankittava tarvittaessa rekisteröidyn suostumus erikseen kutakin tarkoitusta

³⁴⁵ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 43 kohta.

³⁴⁶ Myös yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 43 kohta.

³⁴⁷ Euroopan tietosuojaneuvosto, Asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat 05/2020, k. 26-28, s. 10-11.

³⁴⁸ Ibid., k. 38, s. 12.

³⁴⁹ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 43 kohta.

³⁵⁰ Määräys on läheisesti yhteydessä yleisen tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan b alakohdassa säädettyyn käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen, jonka mukaan henkilötiedote on kerättävä tiettyä, nimenomaista ja laillista tarkoitusta varten. Käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatetta käsitellään jäljempänä.

³⁵¹ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 32 kohta.

varten.³⁵² Yksilöintivaatimus edellyttää myös sitä, että verkkoalustan täytyy suostumuksen antamista koskevassa pyynnössä kertoa tarkasti, mitä tietoja kutakin tarkoitusta varten käsitellään.³⁵³

Yksilöintivaatimus on kiinteästi yhteydessä suostumusta koskevaan tietoisuusvaatimukseen, sillä rekisteröidyn täytyy luonnollisesti olla tietoinen käsittelyn tarkoituksista, jotta hän voi antaa yksilöidyn suostumuksen.³⁵⁴ Rekisteröidyn täytyy kyetä ymmärtämään suostumusta antaessaan, mitä hän on hyväksymässä.³⁵⁵ Euroopan tietosuojaneuvosto on määritellyt, mitä tietoja pätevän suostumuksen hankkiminen vähintään edellyttää.³⁵⁶ Jos rekisteröity antaa suostumuksensa muitakin asioita koskevassa kirjallisessa ilmoituksessa, tietosuoja-asetuksen 7 artiklan 2 kohdan mukaan suostumuksen antamista koskeva pyyntö on esitettävä selvästi erillään muista asioista helposti ymmärrettävässä ja saatavilla olevassa muodossa selkeällä ja yksinkertaisella kielellä. Suostumusta on tosin pyydetävä kaikissa tilanteissa selkeällä ja yksinkertaisella kielellä, jotta pyyntö on rekisteröidyn näkökulmasta helposti ymmärrettävissä.³⁵⁷ Jos suostumusta pyydetään sähköisesti, pyynnön on oltava selkeä ja tiiviisti esitetty. Lisäksi se ei saa tarpeettomasti häiritä sen palvelun käyttöä, jota varten se annetaan.³⁵⁸

Yksiselitteisyyden vaatimus taas merkitsee sitä, että rekisteröidyn suostumus ei saa olla monitulkintainen tai epäselvä. Rekisteröidyn on annettava suostumus aktiivisella toiminnallaan. Tietosuoja-asetuksen 4 artiklan 11 kohdassa annetun määritelmän edellyttää, että rekisteröity antaa suostumusta ilmaisevan lausuman tai toteuttaa selkeästi suostumusta ilmaisevan toimen. Keskeistä on, että rekisteröidyn toimi osoittaa selkeästi, että hän hyväksyy henkilötietojensa käsittelyn. Suostumusta ei voi antaa passiivisuudella eli vaikenemalla, valmiiksi rastitetuilla ruuduilla tai jättämällä jonkin toimen toteuttamatta.³⁵⁹ Lisäksi tietosuoja-asetuksen 7 artiklan 2 kohdassa säädetystä seuraa, että rekisteröity ei voi antaa suostumustaan samalla toimella, jolla hän hyväksyy palvelun yleiset ehdot, sillä se ei osoita selkeästi henkilötietojen käsittelyn hyväksymistä.³⁶⁰

³⁵² Ks. Euroopan tietosuojaneuvosto, Asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat 05/2020. k. 43, s. 13.

³⁵³ Ibid., k. 61, s. 16.

³⁵⁴ Ibid., k. 57, s. 15.

³⁵⁵ Tietoisuusvaatimus on yhteydessä tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan a alakohdassa säädettyyn läpinäkyvyyssperiaatteeseen, jota käsitellään jäljempänä. Ibid., k. 62 ja 68, s. 16.

³⁵⁶ Ks. ibid., k. 64, s. 16-17.

³⁵⁷ Ks. ibid., k. 67, s. 17.

³⁵⁸ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 32 kohta.

³⁵⁹ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 32 kohta.

³⁶⁰ Euroopan tietosuojaneuvosto, Asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat 05/2020. k. 81, s. 20.

Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen Facebook-päätöksen mukaan käyttäjät eivät olleet antaneet suostumustaan Facebook.com -yhteisöpalvelun ulkopuolelta kerättyjen henkilötietojen käsittelyyn tietosuoja-asetuksessa edellytetyllä tavalla.³⁶¹ Suostumus ei ole vapaaehtoinen ja siten pätevä, kun se on annettu hyväksymällä käyttöehdot, joiden hyväksyminen on edellytys palvelun käyttämiselle.³⁶² Kilpailuviranomainen totesi, että Facebookin määräävästä markkina-asemasta seuraa, että sen ja käyttäjien välillä on selkeä epäsuhta. Palvelusta kieltäytymisestä aiheutuisi käyttäjille haittaa, sillä he eivät pystyisi täyttämään tarvettaan osallistua sosiaaliseen verkostoon. Käyttäjiltä puuttui todellinen valinnan mahdollisuus suostumuksen antamisen suhteen.³⁶³

Edellä esitetyn perusteella suostumus näyttäytyy ongelmallisena käsittelyperusteena määräävässä asemassa olevien verkkoalustojen kannalta. Käyttäjien valinnanvapaus on keskeinen seikka suostumuksen pätevyyden arvioinnissa. Myös käsittelytarkoitusten erittelyyn ja ilmaisemiseen on kiinnitettävä erityistä huomiota, sillä verkkoalustat saattavat käsitellä henkilötietoja lukuisiin tarkoituksiin. Lisäksi on syytä huomata, että suostumusta ei voi antaa opt-out -mekanismeilla, sillä tällöin yksiselitteisyyden kriteeri ei täyty. Joka tapauksessa suostumukseen tietojen käsittelyperusteena on suhtauduttava varauksellisesti määräävien verkkoalustojen yhteydessä sitä koskevien vaatimusten vuoksi.

4.4.2.1.2 *Sopimus*

Rekisterinpitäjä saa käsitellä tämän ja rekisteröidyn välisen sopimuksen täytäntöönpanon kannalta tarpeellisia tietoja tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdan perusteella. Sitä, mikä on tarpeellista sopimuksen täytäntöön panemiseksi, on tulkittava suppeasti.³⁶⁴ Sopimus ei sovellu käsittelyperusteeksi, jos henkilötietojen käsittely ei ole tosiasiallisesti tarpeellista sopimuksen täytäntöön panemiseksi, vaan on pikemminkin rekisterinpitäjän yksipuolisella määräyksellä sidottu sopimukseen. Henkilötietojen käsittelyn tarpeellisuutta on arvioitava sopimuksen sisällön ja tavoitteiden valossa.³⁶⁵

³⁶¹ Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen (Bundeskartellamt) päätös 6.2.2019, Facebook Inc. ym., B6-22/16. k. 639-640.

³⁶² Ibid., k. 641.

³⁶³ Ibid., k. 646.

³⁶⁴ Vaatimus suppeasta tulkinnasta on vahvistettu tietosuojatyöryhmän myöhemmissä ohjeistuksissa. Ks. Tietosuojatyöryhmä WP29, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679. s. 13.

³⁶⁵ Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. s. 16-17.

Sopimus ei ole asianmukainen käsittelyperuste esimerkiksi käyttäjän mieltymysten ja kiinnostuksenkohteiden profilointiin hänen klikkaustensa tai ostohistorian pohjalta, sillä rekisterinpitäjän kanssa ei ole tehty sopimusta profiloinnista, vaan palvelun tarjoamisesta. Se, että tällainen profilointi tai muu henkilötietojen käsittely sisältyy sopimustekstiin, ei vielä tee siitä tarpeellista sopimuksen täytäntöönpanon kannalta.³⁶⁶

Bundeskartellamt arvioi Facebook-tutkinnassaan sitä, oliko sopimuksen täytäntöönpano asianmukainen peruste Facebook.com:n ulkopuolelta kerättyjen tietojen käsittelylle Facebook.com:n yhteydessä. Facebookin mukaan henkilötietojen käsittely kaikista lähteistä oli tarpeen personoitujen palvelujen tarjoamiseksi ja personoitujen mainosten näyttämiseksi. Personoitujen palvelun ja mainosten tarjoaminen oli palvelun käyttöehtojen mukaan osa sopimuksen sisältöä.³⁶⁷ Sopimuksen sisältö ja tarkoitukset olivat määritelty laajasti ja epämääräisesti.³⁶⁸ Bundeskartellamt kiinnitti päätöksessään huomiota tarpeellisuusvaatimuksen suppeaan tulkintaan sekä siihen, että sopimuksen sisältö oli Facebookin yksipuolisesti määrittelemä.³⁶⁹ Kilpailuviranomaisen mukaan Facebookin näkemys merkitsisi sitä, että Facebookilla olisi oikeus rajoittamaan tietojenkäsittelyyn sen liiketoimintamallin, tuotteen ominaisuuksien ja yrityksen oman laatuksityksen perusteella, sillä kaikki henkilötietojen käsittely olisi tarpeen sopimuksen täytäntöön panemiseksi.³⁷⁰ Päätöksen mukaan Facebookin ei ole tarpeen käsitellä Facebook.com:n ulkopuolelta kerättyjä tietoja tarjotakseen personoituja palveluita ja mainoksia Facebook.com -palvelun yhteydessä, sillä käyttäjistä kertyy tietoa myös kyseisen palvelun sisällä.³⁷¹ Kaiken kaikkiaan Facebook.com:n ulkopuolelta kerättyjen tietojen käsittely ei ollut tarpeen sopimuksen täytäntöön panemiseksi tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan b alakohdassa tarkoitettulla tavalla.³⁷² Yleisemminkin voidaan todeta, että tarpeellisuuden suppea tulkinta rajoittaa huomattavasti sopimuksen täytäntöönpanon käyttökelpoisuutta henkilötietojen käsittelyperusteena verkkoalustapalveluiden tarjoamisessa.

³⁶⁶ Ibid., s. 16-17.

³⁶⁷ Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen (Bundeskartellamt) päätös 6.2.2019, Facebook Inc. ym., B6-22/16. k. 669-670 ja 691.

³⁶⁸ Ibid., k. 669, 676 ja 689.

³⁶⁹ Ibid., k. 671-672.

³⁷⁰ Ibid., k. 692.

³⁷¹ Ibid., k. 695.

³⁷² Ibid., k. 666-667.

4.4.2.1.3 Oikeutetut edut

Tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdan mukaan henkilötietojen käsittely on lainmukaista, jos se on tarpeen rekisterinpitäjän tai kolmannen osapuolen oikeutettujen etujen toteuttamiseksi. Määräys vastaa pitkälti aiempaa henkilötietodirektiivin 7 artiklan f kohtaa.³⁷³

Rekisterinpitäjän (tai kolmansien osapuolten kuten mainostajien) etujen on oltava lainmukaisia, todellisia, niiden on liityttävä nykyhetkeen tai lähitulevaisuuteen ja ne on ilmaistava selkeästi. Niitä on voitava punnita rekisteröityjen etuja vasten. Edut eivät voi olla epämääräisiä ja spekulatiivisia. Ne voivat kuitenkin olla moninaisia. Oikeutettu etu voi liittyä esimerkiksi markkinointiin ja mainontaan eli myynnin kasvattamiseen tai verkko- ja tietoturvallisuuteen.³⁷⁴

Pelkkä rekisterinpitäjän oikeutetun edun olemassaolo ei ole riittä oikeuttamaan henkilötietojen käsittelyä tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdan perusteella. Määräyksen mukaan henkilötietojen käsittely ei voi perustua rekisterinpitäjän tai kolmannen osapuoleen oikeutettuun etuun, jos henkilötietojen suojaa edellyttävät rekisteröidyn edut tai perusoikeudet ja -vapaudet syrjäyttävät nämä oikeutetut edut. Sen jälkeen, kun rekisterinpitäjällä tai kolmannella osapuolella on todettu olevan oikeutettu etu henkilötietojen käsittelyyn, kyseistä etua on punnittava rekisteröidyn etuja vasten. Punnintaa kutsutaan myös tasapainotestiksi.³⁷⁵

Edut voivat olla moninaisia, joten niiden painavuuskin vaihtelee vähämerkityksisestä pakottavaan puolin ja toisin. Tasapainotestissä huomioon otettavia seikkoja ovat henkilötietojen käsittelyn seuraukset ja riskit, henkilötietojen luonne, käsittelytoimet sekä rekisterinpitäjän ja rekisteröidyn asema.³⁷⁶ Sillä, että rekisterinpitäjä on määräävässä markkina-asemassa oleva yritys, voi olla merkitystä arvioinnissa osapuolten voimasuhteiden perusteella.³⁷⁷ Myös rekisterinpitäjän yleisten velvollisuuksien noudattamiseen tähtäävillä toimenpiteillä sekä erilaisilla lisäsuojatoimilla, jotka voivat vähentää käsittelystä rekisteröidyn eduille ja oikeuksille aiheutuvia vaikutuksia, on merkitystä punninnassa.³⁷⁸

³⁷³ Oikeutetun edun arvioinnissa voidaan siten hyödyntää henkilötietodirektiivin voimassaolon aikaisia tulkintoja ja ohjeistuksia. Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2018, s. 116.

³⁷⁴ Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. s. 24-25. Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 47 kohdassa on mainittu nimenomaisesti, että henkilötietojen käsittely suoramarkkinointia varten on oikeutetun edun toteuttamiseksi suoritettua käsittelyä.

³⁷⁵ Korpisaari – Pitkänen – Warma-Lehtinen 2018, s. 117.

³⁷⁶ Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. s. 36.

³⁷⁷ Ibid., s. 40.

³⁷⁸ Ibid., s. 30-31 ja s. 41-43.

Punninnassa on otettava huomioon myös rekisteröityjen ja rekisterinpitäjän väliseen suhteeseen perustuvat rekisteröityjen kohtuulliset odotukset. Odotukset voivat koskea henkilötietojen käyttötarkoitusta: on arvioitava, voiko rekisteröity tietojen keräämisen ajankohdan ja asiayhteyden pohjalta kohtuudella odottaa, että henkilötietoja käsitellään jotakin tiettyä tarkoitusta varten. Jos rekisteröity ei voi kohtuudella odottaa henkilötietojensa myöhempää käsittelyä, rekisteröidyn edut ja perusoikeudet voivat syrjäyttää rekisterinpitäjän edun.³⁷⁹

Rekisterinpitäjillä voi olla oikeutettu etu asiakkaidensa mieltymysten tuntemisessa palvelun personointia varten. Tietosuojatyöryhmän mukaan rekisterinpitäjät eivät kuitenkaan voi tämän oikeutettujen etujen nojalla seurata kohtuuttomasti asiakkaiden verkkotoimintaa, yhdistää alun perin eri yhteyksissä ja eri tarkoituksiin kerättyjä suuria tietomääriä eri lähteistä ja luoda siten asiakkaista profiileja näiden tietämättä ja ilman toimivaa vastustamismekanismia. Tällaisella profiloinnilla todennäköisesti puututtaisiin merkittävästi asiakkaan yksityisyyteen, jolloin rekisteröidyn edut ja oikeudet olisivat rekisterinpitäjän oikeuksia painavampia eikä oikeutettu etu siten soveltuisi käsittelyperusteeksi.³⁸⁰

Tietosuojatyöryhmä on tarkastellut esimerkkiä, jossa Internet-yritys tarjoaa kirjon erilaisia palveluita kuten hakukoneen, palvelun videoiden jakamiseen sekä sosiaalisen verkoston. Yrityksen tietosuojakäytännön mukaan se voi yhdistää käyttäjistä eri palveluiden yhteydessä kerättyjä henkilötietoja mahdollisimman laadukkaan palvelun tarjoamiseksi. Tietojen säilytysaikaa ei ole määritetty. Käyttäjillä on joitakin mahdollisuuksia käyttää oikeuksiaan kuten lopettaa kohdennettu mainonta. Käyttäjät eivät voi kuitenkaan tehokkaasti hallita tietojensa käsittelyä kyseisten työkalujen avulla. He eivät voi hallita tai vastustaa tietojensa yhdistelemistä. Oikeutettu etu ei ole tällöin asianmukainen peruste henkilötietojen käsittelylle, sillä yrityksen (rekisterinpitäjän) ja käyttäjän (rekisteröity) edut ja perusvapaudet ja -oikeudet ovat epätasapainossa.³⁸¹

Viimeisenä edellytyksenä on, että henkilötietojen käsittelyn täytyy olla tietosuojasetuksen 6 artiklan 1 kohdan f alakohdan mukaan tarpeen oikeutettujen etujen toteuttamiseksi. Siten henkilötietojen käsittelyn ja käsillä olevien oikeutettujen etujen täytyy siten olla yhteydessä

³⁷⁹ Yleisen tietosuojasetuksen johdanto-osan 47 kohta.

³⁸⁰ Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC. s. 25-26.

³⁸¹ Ibid., s. 68.

toisiinsa. Lisäksi on arvioitava, onko oikeutettu etu toteutettavissa vähemmän tunkeutuvoin keinoin.³⁸²

Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen Facebook-tutkinnassa antaman päätöksen mukaan, Facebook.com:n ulkopuolelta kerättyjen tietojen käsittely ei ollut perusteltua oikeutettujen etujen perusteella.³⁸³ Facebook oli määritellyt tässä yhteydessä useita oikeutettuja etuja kuten palvelun personoinnin ja kohdennetun mainonnan, mittaamisen ja analytiikan sekä turvallisuuden. Päätöksen mukaan edut eivät olleet kuitenkaan tarpeeksi selkeästi määriteltäviä.³⁸⁴ Lisäksi käsittely ei ollut tarpeellista etujen toteuttamiseksi käyttöehdoissa määritellyssä laajuudessa. Facebook.com:n ulkopuolelta kerätyn tiedon käsitteleminen ei ollut tarpeen Facebook.com:n personoimiseksi.³⁸⁵

Lisäksi oikeutetut edut, joihin Facebook vetosi, eivät olleet Facebook-käyttäjien etuja ja oikeuksia – erityisesti tiedollista itsemääräämisoikeutta ja yksityisyyttä – painavampia.³⁸⁶ Kilpailuviranomainen otti tasapainotestissä huomioon käsiteltävien henkilötietojen arkaluonteisuuden sekä käsittelytavan, joka merkitsi vakavaa puuttumista rekisteröityjen yksityisyyteen.³⁸⁷ Lisäksi käsittely ei päätöksen mukaan vastaa käyttäjien kohtuullisia odotuksia, sillä käyttäjät kirjautuivat Facebook.com:n ulkopuolisiin sovelluksiin erikseen ja erillisellä käyttäjätunnuksella.³⁸⁸ Tasapainotestissä oli otettava huomioon myös Facebookin määräävän asema ja sen tuoma neuvotteluvoima, jonka perusteella se pystyi yksipuolisesti määrittämään sekä omat että käyttäjiensä edut.³⁸⁹

Sekä Bundeskartellamt:n Facebook-päätös että tietosuojatyöryhmän esimerkki osoittavat, että oikeutettujen etujen toteuttaminen ei ole asianmukainen käsittelyperuste ainakaan verkkoalustan käyttäjien laajamittaiselle seurannalle alustan ulkopuolella. Toiseksi käsittelyperusteen edellyttämä etujen punninta ei ole yksiselitteistä verkkoalustapalveluiden(kaan) yhteydessä, mikä lisää virheiden riskiä käsittelyperusteen soveltamisessa.

³⁸² Ibid., s. 29.

³⁸³ Saksan kansallisen kilpailuviranomaisen (Bundeskartellamt) päätös 6.2.2019, Facebook Inc. ym., B6-22/16. k. 727.

³⁸⁴ Ibid., 735-736.

³⁸⁵ Ibid., k. 741-743.

³⁸⁶ Ibid., k. 764.

³⁸⁷ Ibid., k. 770 ja 775.

³⁸⁸ Ibid., k. 778-780, 782.

³⁸⁹ Ibid., k. 783-785.

4.4.2.2 Kohtuullisuus ja läpinäkyvyys

Kohtuullisuuden ja läpinäkyvyyden periaatteet liittyvät läheisesti toisiinsa. Henkilötietoja ja niiden käsittelyä koskevista periaatteista säädettiin aikaisemmin henkilötietodirektiivin 6 artiklassa. Artiklan 1 kohdan a alakohdan mukaan henkilötietoja tuli käsitellä asianmukaisesti ja laillisesti (*”fairly and lawfully”*). Käsittelyn asianmukaisuus yhdistettiin lähinnä rekisteröityjen informointiin. Henkilötietojen oikeudenmukainen käsittely nimittäin edellytti, että rekisteröidyt ovat tietoisia käsittelystä ja että heille annetaan tietojen keräämisen olosuhteet huomioon ottaen asianmukaiset ja täydelliset tiedot, jos tietoja kerätään heiltä itseltään.³⁹⁰ Käsittelyn läpinäkyvyyden vaatimuksesta ei kuitenkaan säädetty omana periaatteenaan³⁹¹ toisin kuin tietosuoja-asetuksessa.

Käsittelyn asianmukaisuuden vaatimuksella on keskeinen asema henkilötietojen käsittelyssä, sillä käsittelyltä edellytetään nimenomaisesti asianmukaisuutta jo unionin perusoikeuskirjan 8 artiklassa. Asianmukaisuuden vaatimus on toistettu tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan a alakohdassa.

Tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 39 kohdassa annetaan ymmärtää, että kohtuullisuuden vaatimus vastaa olennaisesti läpinäkyvyyden vaatimusta.³⁹² Myös johdanto-osan kohdissa 60 ja 71 näitä kahta vaatimusta käsitellään yhdessä erottamatta niitä. Johdanto-osan 60 kohdan mukaan rekisteröityä on informoitava henkilötietojen käsittelystä ja sen tarkoituksista asianmukaisuuden ja läpinäkyvyyden vaatimusten mukaisesti. Johdanto-osan 71 kohdassa profiloinnille asetut vaatimukset perustuvat asianmukaisen ja läpinäkyvän käsittelyn varmistamiseen. Täten ei ole täysin selvää, millaista itsenäistä merkitystä kohtuullisuusperiaatteella on etenkin verrattuna läpinäkyvyysperiaatteeseen.³⁹³

³⁹⁰ Henkilötietodirektiivin johdanto-osan 38 kohdan suomen ja englannin kieliset kieliversiot näyttävät eroavan hieman. Suomen kielisen kieliversion mukaan ”oikeudenmukaisen tietojenkäsittelyn osalta edellytetään, että rekisteröidyt tietävät käsittelyn suorittamisesta ja että he saavat *asianmukaiset* ja täydelliset tiedot *tietojen keräämisen olosuhteista*, jos tietoja kerätään heiltä itseltään”. Englannin kielisen kieliversion mukaan ”Whereas, if the processing of data is to be fair, the data subject must be in a position to learn of the existence of a processing operation and, where data are collected from him, must be given *accurate* and full information, *bearing in mind the circumstances of the collection*.”

³⁹¹ Käsittelyn läpinäkyvyyteen liittyvästä rekisteröityjen informoinnista säädettiin henkilötietodirektiivin 10 ja 11 artikloissa.

³⁹² Ks. Dienst 2018, s. 51.

³⁹³ Ks. *ibid.*, s. 52. Mutta European Union Agency for Fundamental Rights ja Council of Europe 2018, s. 119: Kohtuullisuusperiaate ulottuu kuitenkin läpinäkyvyysvelvoitteita pidemmälle, ja sillä voidaan katsoa olevan yhteys henkilötietojen käsittelyyn eettisesti.

Kohtuullisuuden vaatimus koskee pääasiassa rekisterinpitäjän ja rekisteröidyn välistä suhdetta. Rekisterinpitäjä ei saa käsitellä rekisteröityjä koskevia tietoja salassa. Sen sijaan sen on annettava käsittelystä rekisteröidylle ja suurelle yleisölle tietoja, joiden perusteella voidaan varmistua käsittelyn lainmukaisuudesta, asianmukaisuudesta ja läpinäkyvyydestä. Rekisteröityjen tulisi myös olla tietoisia käsittelyn potentiaalisista riskeistä. Rekisterinpitäjien on lisäksi niin pitkälle kuin mahdollista viipymättä noudatettava rekisteröityjen toiveita erityisesti silloin, kun käsittelyperusteena on rekisteröidyn suostumus. Kohtuullisuusperiaate voidaan liittää myös henkilötietojen käsittelyyn eettisesti, ja se ulottuu siten läpinäkyvyyden vaatimusta pidemmälle.³⁹⁴

Edempänä on todettu, että kohtuus on keskeinen käsite sekä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöarvioinnissa että henkilötietojen suojaamisessa. SEUT 102 artiklassa tarkoitettua kohtuuttomuutta ja sen myötä kohtuullisuuden käsitettä ei ole määritelty tyhjentävästi (ks. luku 3.3.2). Ei ole myöskään selvää, mikä sisältö ja merkitys kohtuullisuudella on kilpailuoikeuden mahdollisena yleisempänä tavoitteena (ks. luku 4.3). Tietosuoja-asetuksen kohtuullisuusperiaate ei välttämättä tarjoa juurikaan tulkinta-apua tietosuojaehtojen kohtuuttomuuden kilpailuoikeudelliseen arviointiin. Periaatteen itsenäinen merkitys on nimittäin epäselvä. Kohtuusperiaate näyttää ohjaavan tarkastelun lähinnä ehtojen läpinäkyvyyden arviointiin.

Läpinäkyvyysperiaate merkitsee sitä, että henkilötietojen keräämisen ja käsittelyn keinojen ja laajuuden tulee olla läpinäkyviä rekisteröidyn kannalta.³⁹⁵ Tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 58 kohdassa on nimenomaisesti tunnistettu, että erityisesti verkkomainonnan kaltaisissa yhteyksissä rekisteröityjen voi olla hankalaa tietää tai ymmärtää, kerääkö joku taho hänen henkilötietojaan, ketkä niitä keräävät ja mitä tarkoituksia varten. Tämä voi johtua etenkin toimijoiden suuresta määrästä sekä teknisesti monimutkaisista käytänteistä.

Myöskään läpinäkyvyyden periaatetta ei ole varsinaisesti määritelty tietosuoja-asetuksen 5 artiklassa, mutta sen merkitystä ja vaikutuksia on täsmennetty asetuksen muissa artikloissa sekä johdanto-osassa. Yleisluonteinen säännös on tietosuoja-asetuksen 12 artikla, jonka 1 kohdan perusteella rekisterinpitäjän on ensinnäkin asianmukaisin toimenpitein annettava oma-aloitteisesti rekisteröidylle tietoa käsittelystä sen alkaessa. Annettavista tiedoista säädetään tarkemmin asetuksen 13 ja 14 artikloissa. Keskeisimpinä voidaan pitää tietoja, jotka vahvistavat käsittelyn olemassaolon ja jotka koskevat rekisterinpitäjän identiteettiä ja käsittelyn tarkoituksia.

³⁹⁴ European Union Agency for Fundamental Rights ja Council of Europe 2018, s. 118-119.

³⁹⁵ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 39 kohta.

Olennaisia ovat myös lisätiedot, joiden avulla voidaan varmistua käsittelyn asianmukaisuudesta ja läpinäkyvyydestä.³⁹⁶

Toiseksi rekisterinpitäjän on toimitettava rekisteröidylle tämän oikeuksien käyttämiseen liittyvät tiedot sekä ilmoitettava tälle henkilötietojen tietoturvaloukkauksista tietosuoja-asetuksen 12 artiklan 1 kohdan perusteella. Rekisteröidyillä on useita henkilötietojen käsittelyä koskevia oikeuksia, joista säädetään asetuksen 15-22 artikloissa. Rekisterinpitäjän on helpotettava näiden oikeuksien käyttämistä asetuksen 12 artiklan 2 kohdan perusteella. Läpinäkyvyyden periaatteen mukaan rekisteröidylle on kerrottava käsittelyyn liittyvistä riskeistä, säännöistä, suojatoimista ja oikeuksista sekä siitä, miten he voivat käyttää tietosuoja-oikeuksiaan. Läpinäkyvyysperiaatteen kannalta erityisen keskeinen oikeus on asetuksen 15 artiklassa säädetty rekisteröidyn oikeus saada rekisterinpitäjältä pyynnöstä tieto siitä, käsitteleekeä tämä hänen henkilötietojaan. Jos tietoja käsitellään, rekisteröidyllä on lisäksi oikeus saada pääsy tietoihin sekä tietyt artiklassa luetellut käsittelyä koskevat tiedot. Siten rekisteröity voi varmistua käsittelyn lainmukaisuudesta.³⁹⁷ Henkilötietojen tietoturvaloukkauksista ilmoittamisesta rekisteröidylle säädetään puolestaan tarkemmin 34 artiklassa. Henkilötietojen käsittelyn aikana rekisteröidylle on ilmoitettava myös henkilötietojen jatkokäsittelystä muuhun kuin alkuperäiseen tarkoitukseen tietosuoja-asetuksen 13 artiklan 3 kohdan ja 14 artiklan 4 kohdan perusteella.

Läpinäkyvyysperiaatteesta ei seuraa vaatimuksia ainoastaan informaation sisällölle, mutta myös tietojen esittämisen tavalle. Tietosuoja-asetuksen 12 artiklan 1 kohdan mukaan käsittelyä koskeva informaatio ja viestintä on muun muassa on oltava tiiviissä, läpinäkyvässä, helposti ymmärrettävässä ja helposti saatavilla olevassa muodossa. Kielen täytyy olla selkeää ja yksinkertaista.³⁹⁸

Tapauksessa *Michelin II*³⁹⁹ ehtojen kohtuuttomuuteen liitettiin niiden läpinäkymättömyys, ja kauppaehtojen aiheuttamaa kauppakumppaneiden epävarmuutta on pidetty ehtojen kohtuuttomuuden ilmentävänä seikkana (ks. luku 3.3.2). Myös harhaanjohtavaa ja ilmeisen läpinäkymättömyyttä menettelyä voidaan pitää kilpailunvastaisena.⁴⁰⁰ Näitä kohtuuttomuuden kriteereitä voitaneen soveltaa myös verkkoalustapalvelun tietosuojaehtoihin. Oikeuskäytännön perusteella

³⁹⁶ Ks. yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 39 kohta sekä 13 ja 14 artiklat.

³⁹⁷ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 63 kohta.

³⁹⁸ Myös yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 39 kohta.

³⁹⁹ Komission päätös 20.6.2001, *Manufacture Francaise de Pneumatiques Michelin*, asia COMP/E-2/36.041/PO, ja tuomio 30.9.2003, *Manufacture française des pneumatiques Michelin v. Euroopan yhteisöjen komissio*, asia T-203/01, ECLI:EU:T:2003:250.

⁴⁰⁰ tuomio, 6.12.2012, *AstraZeneca AB ja AstraZeneca plc v. Euroopan komissio*, asia C-457/10 P, ECLI:EU:C:2012:770. k. 93 ja 106.

määräävässä markkina-asemassa oleva verkkoalustayritys voi syyllistyä määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, jos se jatkuvasti ja suoraviivaisesti määrää käyttäjilleen tietosuojaeh-toja, jotka ovat harhaanjohtavia, läpinäkymättömiä ja herättävät käyttäjissä epävarmuutta.⁴⁰¹ Henkilötietojen käsittelyä koskevan läpinäkyvyysvaatimukset on määriteltä tietosuoja-asetuk- sessa. Siten tietosuoja-asetuksen mukaista läpinäkyvyysperiaatetta voidaan käyttää apuna tul- kittaessa tietosuojaehtojen läpinäkymättömyyttä tai läpinäkyvyyttä määräävän markkina-ase- man väärinkäyttöä koskevassa arvioinnissa.

4.4.3 Käyttötarkoitussidonnaisuus

Tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukainen käyttötarkoitussidonnaisuuden periaate rajoittaa sitä, mihin tarkoitukseen henkilötietoja saa kerätä ja käsitellä. Periaatteella on kaksi osaa: Henkilötiedot on ensinnäkin kerättävä tiettyä, nimenomaista ja laillista tarkoitusta varten. Sanamuodon perusteella käyttötarkoitus on määriteltävä ennen henkilötietojen kerää- mistä tai viimeistään silloin, kun henkilötietoja ryhdytään keräämään.⁴⁰² Toiseksi henkilötietoja ei saa käsitellä myöhemmin näiden tarkoitusten kanssa yhteensopimattomalla tavalla.⁴⁰³ Ala- kohdassa ei viitata alun perin määriteltyihin käyttötarkoituksiin ja myöhemmin määriteltyihin käyttötarkoituksiin. Sen sijaan siinä erotellaan henkilötietojen kerääminen eli ensimmäisen kä- sittelytoimi sekä sitä seuraavat käsittelytoimet (esimerkiksi tallentaminen, joka on tyypillisesti keräämistä seuraava käsittelytoimi). Mitä tahansa tietojen käsittelyä alun keräämisen jälkeen on siten pidettävä myöhempänä käsittelynä, jonka on täytettävä yhteensopivuuden vaatimus.⁴⁰⁴ Yhteensopivalle myöhemmälle käsittelylle ei edellytetä henkilötietojen keruun oikeuttaneen käsittelyn oikeusperusteen lisäksi erillistä käsittelyn oikeuttavaa perustetta.⁴⁰⁵ Tosin jos käsit- telyperusteena on rekisteröidyn suostumus, suostumuksen yksilöimiskriteeristä seuraa, että re- kisterinpitäjän on pyydettävä rekisteröidyltä uusi suostumus myöhempää tarkoitusta varten, vaikka tarkoitus olisi yhteensopiva alkuperäisen tarkoituksen kanssa.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ Ks. Kalimo – Majcher 2017, s. 226-227.

⁴⁰² Ks. Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 03/2013 on purpose limitation. s. 15.

⁴⁰³ Yleisen tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan b alakohdan mukaan myöhempää käsittelyä yleisen edun mu- kaisia arkistointitarkoituksia taikka tieteellisiä tai historiallisia tutkimustarkoituksia tai tilastollisia tarkoituksia varten ei katsota tietosuoja-asetuksen 89 artiklan 1 kohdan mukaisesti yhteensopimattomaksi alkuperäisten tarkoi- tusten kanssa.

⁴⁰⁴ Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 03/2013 on purpose limitation. s. 21.

⁴⁰⁵ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 50 kohta.

⁴⁰⁶ Ellei jokin toinen käsittelyperuste sovellu myöhempään käsittelyyn paremmin kuin suostumus. Euroopan tie- tosuojaneuvosto, Asetuksen 2016/679 mukaista suostumusta koskevat suuntaviivat 05/2020. k. 58, s. 15-16.

Käyttötarkoitussidonnaisuuden periaate on edellytyksen kaltaisessa asemassa suhteessa useaan muuhun periaatteeseen: tietojen minimointiin, täsmällisyyteen ja säilytyksen rajoittamiseen. Käyttötarkoitussidonnaisuusperiaatteen tarkoituksena on asettaa rajat henkilötietojen keräämiselle ja käsittelylle sekä mahdolliselle myöhemmälle käsittelylle muuhun kuin alkuperäiseen tarkoitukseen. Käyttötarkoitussidonnaisuus suojaa rekisteröityjen perusteltuja odotuksia siitä, mihin heidän luovuttamiaan henkilötietoja käytetään.⁴⁰⁷

Tietty, nimenomainen ja laillinen tarkoitus

Käyttötarkoituksen on oltava täsmällinen (”tietty”), nimenomainen ja laillinen. Rekisterinpitäjän on määriteltävä, mihin tarkoitukseen henkilötietoja kerätään ja käsitellään. Tämän tarkoituksen kannalta tarpeettomia, sopimattomia tai merkityksettömiä tietoja ei saa käsitellä. Käyttötarkoitus on määriteltävä siinä määrin yksityiskohtaisesti, että on mahdollista arvioida, millainen käsittely sisältyy käyttötarkoituksen piiriin ja millainen ei. Siten suurpiirteiset ja yleisluonteiset määrittelyt, kuten ”käyttäjäkokemuksen parantaminen” tai ”markkinointi”, eivät yleensä käy ”tietystä” käsittelytarkoituksesta ilman tarkempia yksityiskohtia. Yksityiskohtaisuuden aste riippuu kuitenkin tapauksesta. Joissakin tilanteissa yksinkertainen ilmaisu voi riittää, kun taas toisissa tilanteissa vaaditaan seikkaperäisempää määrittelyä. Määrittelyn seikkaperäisyys voi myös kääntyä etenkin rekisteröityjen informoinnissa periaatteen tavoitteita vastaan, jos määritelmästä tulee vaikeaselkoinen. Jos käsittelyllä on useita tarkoituksia ja ne ovat yhteydessä toisiinsa, käyttötarkoitus voidaan määritellä kokonaisvaltaisemmin niin, että se kattaa useita erillisiä käsittelytoimintoja. Rekisterinpitäjä ei saa kuitenkaan omaksua vain yhtä laajaa käyttötarkoituksmäärittelyä oikeuttaakseen käsittelytoimenpiteitä, jotka liittyvät tosiasialliseen alkuperäiseen tarkoitukseen vain etäisesti.⁴⁰⁸

Tarkoitukselta edellytetään myös nimenomaisuutta. Käyttötarkoitus on ilmaistava selkeästi ja ymmärrettävästi. Käyttötarkoitusta ei saa määritellä epämääräisesti tai monitulkintaisesti. Käsittelyn tarkoitus tulisi ilmaista niin, että sekä rekisterinpitäjä ja käsittelijät että rekisteröidyt ja tietosuojaviranomaiset ymmärtävät sen samalla tavalla. Nimenomaisuuden vaatimus edistää käsittelyn läpinäkyvyyttä ja ennakoitavuutta. Se asettaa yksiselitteiset rajat sille, miten rekisterinpitäjä saa käsitellä kerättyjä tietoja. Täten periaate linkittyy myös rekisteröidyn suostumuksen tietoisuusvaatimukseen.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ Tietosuojatyöryhmä WP29, Opinion 03/2013 on purpose limitation. s. 4.

⁴⁰⁸ Ibid., s. 15-16.

⁴⁰⁹ Ibid., s. 17.

Etenkin Internetissä monet käsittelytoimet tapahtuvat monimutkaisessa, läpinäkymättömässä ja epäselvissä yhteyksissä. Näissä tapauksissa käyttötarkoitusten yksiselitteinen määrittely vaatii erityistä huomiota. Joskus käyttötarkoitus käy selkeästi ilmi käsittelyn kontekstista ja tavasta. Tällöin pelkkien olennaisimpien seikkojen ilmaiseminen voi riittää, jos se ei johda epätietoisuuteen ja monitulkintaisuuteen.⁴¹⁰

Käyttötarkoitusta koskevassa laillisuuden vaatimuksessa on kyse laajemmasta vaatimuksesta kuin pelkästä viittauksesta käsittelyn lainmukaisuuteen ja siten tietosuoja-asetuksessa nimetyn käsittelyperusteen olemassaoloon. Käyttötarkoituksen laillisuus edellyttää, että käyttötarkoitus on oltava kaikkien sovellettavien tietosuojasäännösten mukaisia sekä kaikkien muidenkin sovellettavien oikeusnormien, kuten sopimusoikeuden ja kuluttajansuojaoikeuden, mukaisia. Laillisuuden vaatimus on siis ymmärrettävä laajasti ja se sisältää muun muassa primaari- ja sekundaarinormiston, oikeuskäytännön, perusoikeudet ja yleiset oikeusperiaatteet sekä muutkin oikeuslähteet, jotka toimivaltainen tuomioistuin ottaisi huomioon. Tarkoituksen laillisuuden arvioinnissa voidaan ottaa huomioon muitakin seikkoja. Tällaisia seikkoja ovat olla esimerkiksi vakiintuneet tavat, käytäntösäännöt, eettiset säännöt ja periaatteet, sopimusjärjestelyt sekä yleinen asiayhteys ja kyseisen tapauksen tosiseikat. Tähän kuuluu myös rekisterinpitäjän ja rekisteröidyn välisen suhteen luonne, olipa se kaupallinen tai muunlainen. Käyttötarkoituksen laillisuus saattaa myös muuttua ajan myötä riippuen tieteellisestä ja teknologisesta kehityksestä sekä yhteiskunnallisten ja kulttuuristen asenteiden muutoksista.⁴¹¹

Myöhemmän käsittelyn yhteensopivuus

Asetus kieltää myöhemmän yhteensopimattoman käsittelyn eli kyse on negatiivisesta velvoitteesta. Myöhempi käsittely on sallittua, kunhan se ei ole yhteensopimatonta alkuperäisten käsittelytarkoitusten kanssa. Myöhempi käsittely voi liittyä läheisesti alkuperäiseen käsittelytarkoitukseen tai sen tarkoitus voi olla erilainen. Yhteensopivuus tai -sopimattomuus on arvioitava aina tapauskohtaisesti.⁴¹²

Yhteensopivuustesti voi olla luonteeltaan muodollinen tai aineellinen. Muodollisessa arvioinnissa vertaillaan rekisterinpitäjän alun perin ilmoittamia tarkoituksia myöhempiin

⁴¹⁰ Ibid., s. 18.

⁴¹¹ Ibid., s. 19-20.

⁴¹² Ibid., s. 21.

käyttötarkoituksiin, jotta saadaan selville, oliko myöhempi käyttö katettu suoraan ilmaistuna tai epäsuorasti. Aineellisessa arvioinnissa mennään muodollisia ilmoituksia pidemmälle, jotta tunnistetaan sekä uusi että alkuperäinen käyttötarkoitus ottaen huomioon sen, miten ne ymmärretään tai pitäisi ymmärtää riippuen asiayhteydestä ja muista tekijöistä.⁴¹³ Näistä tulisi suosia jälkimmäistä, sillä se mahdollistaa mukautumisen yhteiskunnan kehitykseen tulvaisuudessa suojaten samalla tehokkaasti henkilötietojen käsittelyä. Lisäksi se on joustavampi ja pragmaattisempi menetelmä. Muodollinen arviointi saattaa osoittautua liian kankeaksi nojaten tarkoituksettoman paljon muodolliseen tekstiin. Se saattaa motivoida rekisterinpitäjiä määrittelemään henkilötietojen käsittelytarkoitukset yhä juridisemmalla tavalla tavoitteenaan pikemminkin jättää myöhemmälle käsittelylle varaa kuin suojella rekisteröityjä. Toisaalta aineellisessa arvioinnissa merkittävä kysymys on tunnistaa se kriteeristö, jonka perusteella arvioidaan, milloin eri tarkoituksesta tulee yhteensopimaton tarkoitus.⁴¹⁴

Tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 4 kohdassa on lueteltu alkuperäisten käsittelytarkoitusten ja myöhemmän käsittelyn tarkoitusten yhteensopivuuden arvioinnissa huomioitavia seikkoja. Kohtaa sovelletaan käsittelyyn muuhun tarkoitukseen kuin siihen, jota varten tiedot alun perin kerättiin. Lisäksi se koskee muuhun kuin rekisteröidyn suostumukseen perustuvaa käsittelyä.⁴¹⁵ Rekisterinpitäjän täytyy ottaa huomioon muun muassa henkilötietojen keruun tarkoitusten ja aiotun myöhemmän käsittelyn tarkoitusten väliset yhteydet sekä henkilötietojen keruun asiayhteys erityisesti rekisteröityjen ja rekisterinpitäjän välisen suhteen osalta. Merkitystä on myös henkilötietojen luonteella ja erityisesti muun muassa sillä, onko kyse erityisistä henkilötiedoista⁴¹⁶. Lisäksi on arvioitava aiotun myöhemmän käsittelyn mahdolliset seuraukset rekisteröidyille sekä asianmukaisten suojatoimien olemassaoloa.

Verkkoalusta saattaa määritellä henkilötietojen käsittelyn keinot yleisluonteisesti tai epämääräisesti, koska se haluaa käsitellä henkilötietoja laaja-alaisesti. Lisäksi lukuisten ja monimutkaistenkin käsittelytoimien ja -tarkoitusten määrittely riittävän yksityiskohtaisesti ja ymmärrettävästi voi olla hankalaa. Määräävässä asemassa olevan verkkoalustan määäämien tietosuoja-ehtojen kohtuuttomuutta arvioitaessa käyttötarkoitussidonnaisuuden periaate voi tarjota vertailukohdan erityisesti erityisen pitkälle menevän tai laaja-alaisen käsittelyn arvioinnissa, sillä käyttötarkoitusten määrittely ja myöhemmän käsittelyn yhteensopivuuden vaatimus rajaavat

⁴¹³ Ibid., s. 21.

⁴¹⁴ Ibid., s. 22.

⁴¹⁵ Tietosuoja-asetuksen 6 artiklan 4 kohta ei koske myöskään käsittelyä, joka perustuu unionin oikeuteen tai jäsenvaltion lainsäädäntöön, joka muodostaa demokraattisessa yhteiskunnassa välttämättömän ja oikeasuhteisen toimintapiteen tietosuoja-asetuksen 23 artiklan 1 kohdassa tarkoitettujen tavoitteiden turvaamiseksi.

⁴¹⁶ Ks. yleisen tietosuoja-asetuksen 9 artikla.

käsittelyn laajuutta. Jos henkilötietojen käsittelytarkoituksia ei ole määritelty tietosuoja-asetuksessa asetettujen vaatimusten mukaisesti, ongelmat saattavat heijastua muiden periaatteiden, kuten minimointiperiaatteen, noudattamiseen.

4.4.4 Tietojen minimointi ja säilytyksen rajoittaminen

Tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan c alakohdassa säädetään tietojen minimoinnin periaatteesta, jonka mukaan henkilötietojen on oltava asianmukaisia ja olennaisia ja rajoitettuja siihen, mikä on tarpeellista suhteessa niihin tarkoituksiin, joita varten niitä käsitellään.⁴¹⁷ Minimointiperiaate on yhteydessä tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan e alakohdan mukaiseen säilytyksen rajoittamisen periaatteeseen, joka voidaan nähdä minimointiperiaatteen ajallisena näkökantana.⁴¹⁸ Säilytyksen rajoittamisen periaatteen mukaan henkilötiedot on säilytettävä muodossa, josta rekisteröity on tunnistettavissa, ainoastaan niin kauan kuin on tarpeen tietojenkäsittelyn tarkoitusten toteuttamista varten. Siten henkilötietoja on säilytettävä mahdollisimman lyhyen aikaa ja niitä on käsiteltävä vain, jos käsittelyn tarkoitusta ei voida kohtuullisesti toteuttaa muilla keinoilla.⁴¹⁹

Tietojen tarpeellisuutta on siis arvioitava käsittelyn tarkoituksia vasten. Minimointiperiaate on siten läheisesti yhteydessä edellisessä alaluvussa käsiteltyyn käyttötarkoitussidonnaisuuden periaatteeseen. Minimointiperiaatteen tarpeellisuuskriteeristä seuraa, että henkilötietoja voidaan käsitellä vain, jos ja siinä määrin kuin käsittely on tosiasiasiallisesti syy-yhteydessä käsittelyn päämäärän saavuttamiseen. Toiseksi henkilötietoja voidaan käsitellä vain ja siinä määrin kuin kyseistä päämäärää ei voida kohtuudella saavuttaa muilla keinoilla, esimerkiksi anonymisoidulla tiedot, henkilötietojen käsittelyä välttämällä. Kohtuullisuuden kriteereitä ei kuitenkaan ole määritelty tietosuoja-asetuksessa.⁴²⁰

Tietosuoja-asetuksen 25 artiklassa säädetty sisäänrakennettu ja oletusarvoinen tietosuoja ilmentää tietojen minimoinnin periaatetta. Artiklan 2 kohdan mukaan rekisterinpitäjän on toteutettava asianmukaiset tekniset ja organisatoriset toimenpiteet, joilla varmistetaan, että oletusarvoisesti

⁴¹⁷ Henkilötietodirektiivin 6 artiklan 1 kohdan c alakohdan mukaan jäsenvaltioiden oli säädettävä siitä, että henkilötiedot ovat asianmukaisia, olennaisia *eivätkä liian laajoja* (englanninkielisessä kieliversiossa ”not excessive”) siihen tarkoitukseen, mihin ne on kerätty ja missä niitä myöhemmin käsitellään. Komission näkemyksen mukaan ”ei liian laajoja” –käsite jätti epämääräisyydessään tilaa erilaisille tulkinnoille eikä taannut tietojen minimointia. Euroopan komissio, Commission Staff Working Paper, Impact Assessment. SEC(2012) 72 final 25.1.2012. Annex 2, s. 25.

⁴¹⁸ Ks. Dienst 2018, s. 66-67.

⁴¹⁹ Yleisen tietosuoja-asetuksen johdanto-osan 39 kohta.

⁴²⁰ Dienst 2018, s. 66-67.

käsittelään vain käsittelyn kunkin erityisen tarkoituksen kannalta tarpeellisia henkilötietoja. Kohdan mukaan tämä velvollisuus koskee kerättyjen henkilötietojen määriä, käsittelyn laajuutta, säilytysaikaa ja saatavilla oloa.

Kuten luvussa 3.3.2 on todettu, kauppaehtoja voidaan pitää oikeuskäytännön perusteella kohtuuttomina, jos ne eivät ole välttämättömiä niihin liittyvien tarkoitusten toteuttamiseksi. Ehdot voivat olla kohtuuttomia myös siinä tapauksessa, että ne eivät ole suhteellisuusperiaatteen mukaisia.⁴²¹ Tarpeellisuuden arvioiminen suhteessa tarkoitukseen yhdistää kauppaehtojen välttämättömyyden ja suhteellisuuden vaatimuksia sekä tietojen minimoinnin periaatetta.⁴²² Tietosuojajäsenasetuksen mukainen minimointiperiaate voi hyvinkin tarjota tulkinta-apua tai lisätukea argumentaatioon, kun arvioidaan määräävässä asemassa olevan yrityksen määräämien tietosuojajäsentien kohtuuttomuutta SEUT 102 artiklan valossa niiden välttämättömyyden ja suhteellisuuden kannalta. Myös minimointiperiaate on käsittelyn laajuutta rajoittava periaate. Siten se voi toimia yhtenä vertailukohtana, kun epäily määräävän verkkoalustan määräämistä tietosuojajäsentien liittyä nimenomaan käsittelyn laajuuteen. Tarpeellisuus on keskeinen vaatimus myös tietosuojajäsentien 6 artiklan 1 kohdan a-f alakohdissa säädetyissä henkilötietojen käsittelyperusteissa sekä suostumuksen edellytyksiä koskevassa asetuksen 7 artiklan 4 kohdassa.

⁴²¹ Komission päätös 20.4.2001, Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland AG (DSD), asia COMP D3/34493. k. 112.

⁴²² Ks. Kalimo – Majcher 2017, s. 227.

5 LOPUKSI

Verkkoalustat ovat moninaisia. Niiden perusideana on kuitenkin tuoda yhteen eri käyttäjäryhmiä, kuten kuluttajat ja mainostajat, ja toimia välittäjinä ryhmien välillä. Siten ne toimivat kaksipuolisilla tai monisuuntaisilla markkinoilla. Verkstovaikutukset ovat kaksipuolisten ja monisuuntaisten markkinoiden olennainen piirre. Kyse on siitä, että ainakin yhdelle käyttäjäryhmälle verkkoalustan hyödyllisyys riippuu käyttäjämäärästä toisella puolella markkinoita. Esimerkiksi mainostajat hyötyvät alustasta sitä enemmän, mitä useampi kuluttaja käyttää kyseistä alustaa. Näiden epäsuorien verkstovaikutusten lisäksi verkkoalustaan voi liittyä myös suoria verkstovaikutuksia. Esimerkiksi sosiaalisen verkoston yksityiskäyttäjien määrän kasvaessa yhä useampi yksityishenkilö on houkuteltu liittymään alustan käyttäjäksi, sillä he voivat olla yhteydessä yhä useampaan henkilöön alustan kautta. Verkstovaikutusten seurauksena suositusta alustasta tulee edelleen suosittumpi. Siten digitaalisilla alustamarkkinoilla on taipumus keskittyä menestyksekkäimmän alustan hallintaan. Skaalaedut ja lock in -vaikutukset vahvistavat keskittymistä. Toisaalta kilpailijoiden jatkuvat innovaatiot uhkaavat määräävän verkkoalustan asemaa. Kilpailua ei käydeä niinkään markkinoilla, vaan markkinoista, mikä johtaa *winner-takes-all* -tilanteisiin.

Teknologisen kehityksen ja digitalisaation seurauksena henkilötietojen käsittely on laajamittaisempaa kuin koskaan aiemmin. Verkkoalustat usein käsittelevät kiihtyvällä nopeudella valtavasti erilaista tietoa monista lähteistä. Puhutaan big datasta. Erityisesti käyttäjien henkilötiedoilla on tärkeä rooli digitaalisilla alustamarkkinoilla. Ensinnäkin henkilötiedot voivat olla välttämättä verkkoalustan käyttämisestä. Kuluttaja saa alustan käyttöönsä maksutta, mutta hyväksyy alustan asettamat ehdot, joiden perusteella alusta saa kerätä ja käsitellä kuluttajaa koskevia henkilötietoja. Toisaalta henkilötietojen suojan taso voi olla merkityksellinen tekijä verkkoalustojen välisessä kilpailussa osana palveluiden laatua. Jotkut kuluttajat nimittäin toivovat tietosuojaystävällisiä palveluita.

Määräävän aseman väärinkäyttö on kiellettyä SEUT 102 artiklan perusteella. Artiklan soveltamisen ensivaiheessa on arvioitava, onko yritys määräävässä markkina-asemassa ja siten SEUT 102 artiklan soveltamisalan piirissä. Määräävän aseman arvioiminen edellyttää merkityksellisten markkinoiden määrittelyä sekä hyödykeulottuvuuden että maantieteellisen ulottuvuuden osalta. Digitaalisten alustamarkkinoiden tapauksessa merkityksellisten markkinoiden määrittelyssä on otettava huomioon markkinoiden kaksipuolisuus tai monisuuntaisuus ja verkkoalustan tyyppi. Kysynnän korvaavuuden arvioinnissa on keskitytty verkkoalustoiden

toiminnallisuuksien vertailuun. Arvioinnissa voidaan kuitenkin päätyä tarpeettoman kapeisiin markkinamäärittelyihin, sillä verkkoalustat voivat olla epätäydellisiä substituuotteja keskenään.

Merkityksellisten markkinoiden määrittelyn jälkeen on tarkasteltava yrityksen markkinaosuuksia ja muita merkityksellisiä seikkoja yrityksen markkinavoiman määrittämiseksi. Digitaalisilla alustamarkkinoilla yritysten markkinaosuudet voivat muodostua hyvin korkeiksi. Markkinaosuuksien staattisen tarkastelun lisäksi dynaaminen tarkastelutapa voi olla valaiseva, sillä staattinen tarkastelutapa ei ota huomioon esimerkiksi innovaatioiden synnyttämää kilpailupainetta, joka on ominaista digitaalisille alustamarkkinoille.

SEUT 102 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaan määräävässä markkina-asemassa oleva yritys voi väärinkäyttää asemaansa muun muassa määräämällä suoraan tai välillisesti kohtuuttomia osto- tai myyntihintoja tai muita kohtuuttomia kauppaehtoja. Kohtuuttomuuden kriteerit on jätetty oikeuskäytännössä arvioitaviksi. Sekä hinnoittelun että muiden kauppaehtojen kohtuuttomuutta on arvioitu oikeus- ja viranomaiskäytännössä eri testeillä ja kriteerein. Oikeuskäytännössä kauppaehtojen kohtuuttomuuteen on arvioitu niiden välttämättömyyden, osapuolten vapauksien rajoittamisen, yksipuolisuuden, suhteellisuuden, niiden aiheuttaman epävarmuuden ja kauppakumppaneiden heikon neuvotteluaseman perusteella.

EUT ja komissio ovat toistaiseksi torjuneet tietosuoja- ja tietosuojanäkökohtien huomioimisen kilpailuoikeudellisessa arvoinnissa. Saksassa on sovellettu eri linjaa. Saksan kansallinen kilpailuviranomainen on antanut vuonna 2019 päätöksen, jonka mukaan Facebook on väärinkäyttänyt määräävää markkina-asemaansa sosiaalisten verkostojen markkinoilla Saksassa. Kilpailuviranomaisen toteamus väärinkäytöstä perustuu olennaisesti siihen, että Facebook ei ole noudattanut käyttäjätietojen käsittelyssä EU:n yleistä tietosuoja-asetusta. Osavaltion ylioikeus ja liittovaltion korkein oikeus ovat olleet tapauksesta keskenään erimielisiä välitoimimenettelyssä. Osavaltion ylioikeus päätti keskeyttää kilpailuviranomaisen päätöksen täytäntöönpanon, mutta liittovaltion korkein oikeus taas oli kilpailuviranomaisen kanssa samaa mieltä väärinkäytöstä. Se tosin lähestyi tapausta eri tavalla kuin kilpailuviranomainen eikä tietosuoja-asetuksen vastainen menettely ollut sen päätöksen perusteluiden keskiössä.

Pääasia odottaa vielä ratkaisuaan. Osavaltion ylioikeus on pyytänyt pääasiaa koskevassa menettelyssä ennakkoratkaisupyyntöä EUT:lta. Tapaus olisi todennäköisesti ulottanut vaikutuksensa myös Saksan ulkopuolelle ilman ennakkoratkaisupyyntöäkin, mutta viimeistään sen myötä tapaus tulee olemaan merkittävä ennakkotapaus koko unionissa. Ennakkoratkaisupyyntö

saattaa testata EUT:n linjaa, jonka mukaan kilpailuoikeus ja tietosuoja on pidettävä erillään. Oikeuskäytännössä kilpailuoikeudellista arviointia on avattu jo aikaisemmin kilpailuoikeuden ulkopuolisen sääntelyn vaikutukselle, ja muiden kuin kilpailuoikeudellisten normien vastaista menettelyä on voitu pitää kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa merkityksellisenä seikkana.

On syytä pohtia, onko tiukan erotteleva suhtautumistapa välttämätön tai perusteltu. Kilpailuoikeudella ja tietosuojalla on nimittäin yhdistäviä tekijöitä. Määräävässä asemassa olevien verkkoalustojen tapauksessa niiden soveltamisalat ovat tietyiltä osin päällekkäiset. Lisäksi niitä yhdistää tavoite kuluttajien hyvinvoinnista, sisämarkkinoiden toteuttamisesta ja heikomman osapuolen suojaamisesta. EU-oikeudelle tyypillinen teleologinen tulkinta saattaa lisätä tavoitteiden yhteneväisyyden merkitystä. Myös kohtuullisuuden käsite yhdistää kilpailuoikeutta ja tietosuojaa. Sen merkitys ei tosin ole täysin selvä kummallakaan alalla.

SEUT 102 artiklassa tarkoitetun kohtuuttomuuden käsitteen sisältöä ei ole määritelty tyhjentävästi artiklan tekstissä eikä oikeuskäytännössä. Määräävässä markkina-asemassa olevan verkkoalustan määräämien tietosuojaehtojes tapauksessa tulkinta- ja argumentaatioapua voidaan hakea yleisestä tietosuoja-asetuksessa, jossa on annettu säännöt henkilötietojen asianmukaiselle käsittelylle. Etenkin tietosuoja-asetuksen 5 artiklan mukaiset tietosuojaperiaatteet voivat olla käyttökelpoisia tässä tulkintatehtävässä, sillä ne koskevat kaikkea henkilötietojen käsittelyä ja niillä on tärkeä asema tietosuojasääntelyssä.

Saksan kansallisen kilpailuviranomainen tarkasteli Facebook-päätöksessään nimenomaan käsittelyn edellytysten täyttymistä eli käsittelyperusteiden olemassaoloa, jotka liittyvät lainmukaisuuden periaatteeseen. Verkkoalustojen näkökulmasta rekisteröidyn suostumus, sopimuksen täytäntöönpano ja oikeutettujen etujen toteuttaminen ovat tärkeimmät käsittelyperusteet. Tutkimuksessa on tarkastelu näitä käsittelyperusteita koskevia vaatimuksia sekä niiden käyttökelpoisuutta määräävässä asemassa olevan verkkoalustan suorittamassa henkilötietojen käsittelyssä. Yhteenvetona voidaan todeta, että vaatimukset rajoittavat käsittelyperusteiden soveltumista ainakin erityisen laajamittaiseen käsittelyyn.

SEUT 102 artiklassa tarkoitettua kauppaehtojen kohtuuttomuutta koskevassa oikeuskäytännössä määritellyille kriteereille on löydettävissä vastineita tietosuojaperiaatteista. Esimerkiksi kauppaehtojen läpinäkyvyyttä on eräs kohtuuttomuuden kriteeri oikeuskäytännön perusteella. Tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan a alakohdassa puolestaan edellytetään, että henkilötietoja on käsiteltävä rekisteröidyn kannalta läpinäkyvästi. Kauppaehtoja on pidetty

oikeuskäytännössä kohtuuttomina myös silloin, jos ne eivät ole välttämättömiä sopimuksen tarkoituksen kannalta. Tietosuoja-asetuksen 5 artiklan 1 kohdan c alakohdassa taas vaaditaan, että henkilötietojen on oltava asianmukaisia ja olennaisia ja rajoitettuja siihen, mikä on tarpeellista suhteessa niihin tarkoituksiin, joita varten niitä käsitellään.

Tietosuojaperiaatteet näyttävät tarjoavan käyttökelpoisen vertailukohdan määräävässä markkina-asemassa olevan verkkoalustan määräämien tietosuojaehtojes kohtuuttomuuden arvioinnia varten. Jos tietosuojaehdot ovat tietosuojaperiaatteiden vastaisia, kyse voi olla SEUT 102 artiklassa tarkoitetuista kohtuuttomista kauppaehtoista. Tietosuojaperiaatteiden rikkominen ei kuitenkaan voi merkitä automaattisesti kauppaehtojen kohtuuttomuutta. Kilpailuoikeudellisessa arvioinnissa on otettava huomioon tietosuojanäkökohtien ohella myös muut merkitykselliset seikat. Lisäksi markkinoihin on kohdistuttava ainakin potentiaalisia vaikutuksia, jotta kyse olisi määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä.

Ratkaisu, jonka EUT tulevaisuudessa antaa Saksan Facebook-asiassa, on varmasti mielenkiintoinen tämän tutkimuksen aiheen kannalta. Kansallisen tuomioistuimen esittämät ennakkoratkaisukysymykset eivät ole vielä tiedossa. Varmaa on kuitenkin, että tapaus tulee olemaan merkitystä verkkoalustojen suorittaman henkilötietojen käsittelyn kannalta. Myös Saksan tuomioistuimen (tai tuomioistuinten) asiassa antamilla ratkaisuilla tulee todennäköisesti olemaan merkitystä ympäri Eurooppaa.

Tässä tutkimuksessa on etsitty unionin kilpailuoikeutta ja tietosuojaa yhdistäviä tekijöitä. Tarkastelua voidaan viedä eteenpäin ottamalla siihen mukaan kuluttajansuojaoikeuden, jolla voidaan nähdä olevan yhteyksiä sekä kilpailuoikeuteen että tietosuojaan. Lisäksi tarkastelua voidaan kehittää edelleen siirtämällä painopistettä täytäntöönpanoon. Kilpailuoikeudella ja tietosuojasääntelyllä on omat erilliset täytäntöönpanojärjestelmänsä. Näiden järjestelmien suhdetta voidaan tarkastella ainakin viranomaisten toimivallan ja yhteistyön sekä ne bis in idem -kiellon valossa.